

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
ESCUELA DE POSTGRADO



FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL
MATRIMONIO FRENTE A LAS UNIONES DE HECHO ENTRE
PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL PERÚ

Autora: Ibérica Estrella Carrillo Seclén

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE FAMILIA Y DE LA PERSONA

Chiclayo, Perú

2014

**FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL
MATRIMONIO FRENTE A LAS UNIONES DE HECHO
ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL PERÚ**

POR:

Bachiller Ibérica Estrella Carrillo Seclén

Tesis presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad
Católica Santo Toribio de Mogrovejo, para optar el Grado
Académico de **MAGÍSTER EN DERECHO DE FAMILIA Y DE LA
PERSONA**

APROBADO POR:

Mgtr. Katherine Del Pilar Alvarado Tapia
Presidenta de Jurado

Mgtr. Ana María Llanos Baltodano
Secretaria de Jurado

Mgtr. Javier Mihail Pazos Hayashida
Vocal/Asesor de Jurado

CHICLAYO, 2014

“Porque de Él, y por Él, y para Él son todas las cosas.”

Romanos 11:36

AGRADECIMIENTO

A los mentores del programa “Blackstone Legal Fellowship”, quienes me enseñaron a “demostrar apasionadamente la verdad”.

ÍNDICE

RESUMEN Y ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I.- MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	12
1.1. Antecedentes del problema	12
1.2. Base teórico-conceptual	14
CAPÍTULO II.- MARCO METODOLÓGICO	28
2.1. Tipo de investigación	28
2.2. Abordaje metodológico	28
2.2.1. Técnicas	28
2.2.2. Desarrollo de la investigación	29
2.3. Escenario	30
2.4. Instrumentos de recolección de los datos	30
2.5. Procedimiento	30
2.6. Análisis de los datos	30
2.7. Criterios éticos	31
2.8. Criterios de rigor científico	31
CAPÍTULO III.- ANÁLISIS Y DISCUSIÓN	32
3.1.- LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO	32

3.1.1. Una aproximación a la definición de matrimonio	32
3.1.2. La relación jurídico-matrimonial.	35
3.1.3. ¿Por qué el Estado protege el matrimonio?	36
3.1.4. El matrimonio en la Constitución y su tratamiento en la legislación peruana	39
3.1.5. El matrimonio en la jurisprudencia reciente	42
3.2.- EL CONTEXTO SOCIAL Y LEGAL	44
3.2.1. La debilitación del matrimonio	44
3.2.2. El argumento de la “discriminación” y la “igualdad”	45
3.2.3. Las reformas en el derecho comparado	50
3.2.3.1 Sobre la reciente redefinición del matrimonio en Francia	51
3.2.3.2. Latinoamérica encaminándose a la tendencia	55
3.2.3.3. ¿Un avance?	65
3.2.4. La pretendida reforma en el Perú	67
3.2.4.1. Proyecto de ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo	68
3.3.- LA PROTECCIÓN DEL MATRIMONIO FRENTE A LAS UNIONES DE HECHO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO	78
3.3.1 Perspectiva garantista del matrimonio desde el argumento de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad	78
3.3.1.1. Alcances, contenido	78
3.3.1.2. Limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad	84
3.3.2 ¿Puede legal y constitucionalmente fundamentarse el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo en nuestro país?	86
3.3.2.1. Matrimonio y familia	86
3.3.2.2. El derecho a contraer matrimonio	88
3.3.2.3. Los nuevos modelos de familia	90
3.3.3. Consecuencias de una eventual regulación de las uniones entre personas del mismo sexo	93

3.3.3.1. Una nueva perspectiva de la familia	93
3.3.3.2. “Paternidad” en parejas del mismo sexo	96
CONCLUSIONES	99
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102
ANEXOS	105

RESUMEN

La presente tesis es un análisis del actual contexto social y jurídico de la institución del matrimonio en nuestro país con respecto a una posible redefinición que permita uniones entre personas del mismo sexo.

Considerando las diversas tendencias que han llevado a un inminente cambio en la percepción del matrimonio, al punto que en algunas sociedades la heterosexualidad ha dejado de ser uno de sus requisitos indispensables, resulta importante preguntarnos si dicha corriente podría llegar a inmiscuirse en nuestra legislación (como ya ha sucedido en el derecho comparado).

Siendo así, esta investigación busca hallar, desde una perspectiva netamente jurídico objetiva, los fundamentos que sustentan la protección del matrimonio frente a una posible (o no) regulación legal especial de las uniones entre personas del mismo sexo.

ABSTRACT

The present thesis is an analysis of the present social context and the juridical situation of the institution of marriage in our country regarding a possible redefinition that allows unions between same sex persons.

Considering the various trends that have led to an imminent change in the concept of marriage, to the point that in many societies heterosexuality is no longer a prerequisite for it, is important to ask whether this trend could eventually interfere in our legislation (as it has already happened in the comparative law).

Thus, this investigation seeks to find, from a purely legal perspective, the fundamentals that sustain the protection of marriage regarding a possible (or not) special legal regulation of the unions between same sex persons.

INTRODUCCIÓN

Las parejas del mismo sexo han alcanzado en muchos países una posición que les ha permitido modificar leyes en favor de sus intereses. Así pues se ha generado una creciente tendencia en la jurisprudencia y legislación comparada por otorgar a las uniones de parejas homosexuales beneficios similares a los de las parejas de hecho heterosexuales y en algunos casos se ha llegado a equiparar dichas situaciones al matrimonio.

La “libertad sexual” y el predominio de la mal entendida autonomía de la voluntad, han llevado a que el matrimonio sea percibido como una relación meramente sexual, enfocada a satisfacer intereses individuales, transitoria, y ciertamente para nada anhelada por las últimas generaciones; logrando consecuentemente que todas esas ideologías se filtren hasta llegar al plano jurídico y que pretendan desde ahí generar redefiniciones importantes sobre el matrimonio y la familia.

Teniendo en cuenta la actual controversia generada en nuestro país tras la presentación de proyectos de ley que promueven la legalización de las uniones entre personas del mismo sexo, la creciente aceptación por parte de la sociedad de este tipo de parejas, el aumento de grupos y movimientos homosexuales y su reiterada demanda de igualdad y no discriminación, no

está de más hacer un análisis a la institución del matrimonio y preguntarnos qué seguridad jurídica le respalda frente a las propuestas legislativas recientes. Para ello resulta entonces trascendental responder a la pregunta respecto a la posibilidad que tiene el Estado peruano de cambiar un concepto tal y si lo tiene, bajo qué argumentos.

La presente investigación pretendió dar respuesta a dicha inquietud mediante un estudio de la situación jurídica del matrimonio en nuestro país, de los principios jurídicos que respaldan y protegen el matrimonio y la familia, de los argumentos que se consideraron en la legislación comparada para alcanzar esa regulación y de un análisis crítico y objetivo de dichas posturas. Todo ello desde una perspectiva netamente jurídico-objetiva y a fin de alcanzar el objetivo principal: identificar y analizar los fundamentos para la protección jurídica del matrimonio frente a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo en el Perú.

Nuestra Constitución señala en su artículo 4 que “La comunidad y el Estado...También protegen a la familia y promueven el matrimonio. *Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.* La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.” Por otra parte a nivel infraconstitucional el Código Civil prescribe en su artículo 234° que “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por *un varón y una mujer...*”. Como vemos, todos estos enunciados se manifiestan como un horizonte que ha partido de un plano natural (el Estado ha regulado una institución preexistente al derecho mismo a fin de protegerlo), y reconociéndolo como institución íntimamente relacionada con la familia (y al servicio de ella y la sociedad).

Sin embargo, a su vez existen posturas opuestas que solicitan la regulación de las uniones entre personas del mismo sexo en aras de la igualdad, la no discriminación, y el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad; como por ejemplo las planteadas en los recientes proyectos de ley relacionados al tema, y aquellas optadas por la legislación

comparada, esta últimas nos sirven como antecedente histórico de lo que podría estar por suceder en nuestro país de aplicarse la misma agenda.

Se tuvo entonces por examinar y rebatir las posturas principales de ambos lados, a fin de conocer el status en que se encuentra nuestra legislación frente a un riesgo de redefinición del matrimonio.

Siendo así, en el desarrollo de la presente investigación primero se analizó el matrimonio como institución y como relación jurídica a fin de identificar cuál es la verdadera motivación de su protección por parte del Estado, y su regulación constitucional y legislativa en nuestro país.

En segundo lugar, se examinó el contexto del matrimonio desde la perspectiva social, para así comprender con mayor alcance las consecuentes reformas en el derecho comparado (de las cuáles analizaremos las últimas suscitadas), y además conocer y calificar aquellas que se pretenden en nuestro país.

Finalmente, se observó el argumento de la protección del libre desarrollo de la personalidad, el cual ha sido en la mayoría de los casos la pieza clave para la modificación del concepto del matrimonio en el derecho comparado. Llegando finalmente a dilucidar que no es aplicable conforme a la constitución y el orden jurídico vigente la modificación (o inclusión) de las leyes relacionadas con el matrimonio y las uniones entre personas del mismo sexo y a su vez se enumeró cuáles serían las consecuencias más obvias para la familia y la paternidad.

Parece por demás evidente la importancia de conocer el estado de la cuestión relacionada a esta polémica dado que tanto la institución del matrimonio como la de la familia son básicas para la construcción de una verdadera y efectiva sociedad, y que cualquier modificación a sus características fundamentales afectaría a esta directamente.

LA AUTORA

CAPÍTULO I .- MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

1.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

- CHUQUILLANQUI CARMONA, Fiorella Inmaculada. *“Implicancias jurídicas y sociales de la legalización de la unión civil entre personas del mismo sexo en la sociedad peruana”* Tesis para obtener el título profesional de Abogado -- Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. 2013.

La tesis presenta básicamente una descripción de términos como matrimonio, homosexualidad, unión de hecho. Además describe las formas de reconocimiento legal de las uniones homosexuales en otros países tanto de Europa como en América Latina. Concluye con una postura en contra de que se aplique en nuestro país una regulación a dichas uniones.

- DEZA BECERRA, Gabriela del Pilar. *“Implicancias jurídicas de la adopción de menores por parejas homosexuales: un análisis a la luz del ordenamiento jurídico peruano”*. Tesis para obtener el título

profesional de Abogado -- Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. 2011.

En esta tesis se hace hincapié al interés superior del niño y las implicancias jurídicas y psicológicas que podría generar para el menor una posible adopción por parejas del mismo sexo.

Se señala como consecuencias, entre otras: la desnaturalización de la familia y el matrimonio, la alteración del régimen de adopción, de las técnicas de reproducción y filiación y el riesgo de instaurar nuevas figuras.

• SILES VALLEJOS, Abraham. *“Protección constitucional de las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo en el Perú: derechos fundamentales, modalidades de tutela y lineamientos básicos para una propuesta de regulación”*. Tesis para obtener el grado de Magister. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2010

El autor hace mención de las múltiples manifestaciones de discriminación que sufren las personas homosexuales en el Perú, y la consecuente afectación de derechos fundamentales de las que son víctimas, entre ellas, según su opinión, la falta de una regulación especial para la unión civil entre personas del mismo sexo, mecanismo que para el autor resultaría óptimo y necesario.

• ALIAGA AZAÑA, Rosario del Pilar. *“Evaluación a través del test de igualdad de la medida de “no permisión del derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo”* en Actualidad jurídica, Octubre 2010. N° 203 p. 149-152

Este artículo a pesar de no ser extenso muestra ideas puntuales y relevantes respecto a porqué la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo no resulta discriminatoria basados en una evaluación según el test de igualdad.

- FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol. *“Acerca de la problemática de las uniones homosexuales: matrimonio y adopción. Mesa redonda”* en Revista Thémis, 2007. Época 2 N° 53.

Este documento muestra a tipo de entrevista las diferentes opiniones sobre el tema de las uniones homosexuales. Tres de los cuatro participantes estaban a favor de su regulación y aprobación por la sociedad basados en los argumentos de la igualdad y la libertad. El único que mostró su oposición era el participante teólogo, sin embargo sus argumentos fueron netamente clericales.

- SANCINIENA ASURMENDI, Camino. *“La ficticia igualdad del matrimonio y las uniones de homosexuales”* en Jus doctrina & práctica. Abril 2008. N° 4, p. 165–181

La autora ilustra acerca del desarrollo y reformas de la regulación del matrimonio civil en España (desde el divorcio hasta la aprobación de matrimonios entre personas del mismo sexo). Este artículo a pesar de que está enfocado en una realidad jurídica distinta (aunque similar a la nuestra) nos permite percibir a través de la experiencia comparada las incongruencias legislativas a las que se llega a caer con la aprobación del matrimonio homosexual.

1.2. BASE TEÓRICO-CONCEPTUAL

TEORÍAS

- LA PROTECCIÓN DEL MATRIMONIO ESTÁ PRINCIPALMENTE FUNDAMENTADA EN EL CARÁCTER REPRODUCTIVO DE LA UNIÓN ENTRE PERSONAS DE DISTINTO SEXO

– *“La extralimitación de un sistema jurídico histórico comienza, pues, cuando la realidad natural del matrimonio, como resultado de su regulación por el legislador, deja de ser en el plano legal aquella unión perpetua y exclusiva entre varón y mujer ordenada hacia la fecundidad y la mutua ayuda, convirtiéndose en una*

relación sexual, que puede ocurrir entre personas de un mismo sexo, o que se considera transitoria y pasajera, o que tolera la pluralidad de esposas o esposos (poligamia y poliandria), o que se instaura al margen por completo de una orientación hacia los fines matrimoniales objetivos, o muchas de estas distorsiones simultáneamente”.¹

– *“De otra parte, sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe predicar de la pareja homosexual. En suma, son varios factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquella puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por los lazos sexuales o afectivos y no por ello el legislador ha de estar obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990”.²*

– *“Respecto a las parejas homosexuales, el único fundamento posible de reconocimiento jurídico es el deseo psicológico de los convivientes. Pero ya sabemos que ese deseo no justifica el*

¹ VILADRICH, Pedro-Juan. *“La agonía del Matrimonio Legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio”*, Pamplona, Editorial EUNSA, 2001, p. 178

² CARRUITERO LECCA, Francisco y FIGUEROA AVENDAÑO, María Elena. *“El Derecho de familia. Un análisis desde la jurisprudencia y la Sociología jurídica”*, Trujillo- Perú, Ediciones BLG, 2004, p. 152

reconocimiento y la protección de la sociedad a través del Derecho (como tampoco justificaría el reconocimiento y la protección jurídica, mediante un régimen normativo específico, de la amistad). La afectividad, en sí y por sí, no interesa al Derecho; y la sexualidad básicamente en relación con sus consecuencias (la procreación), pero entonces con gran intensidad e institucionalmente. La unión homosexual es un caso de relación afectiva con contenido sexual, pero sin consecuencias sociales relevantes derivadas de su propia naturaleza. Desde este punto de vista, no interesa a la sociedad, ni tampoco al Derecho. Es más, el interés estaría, en todo caso, en desincentivarlas, por su evidente disfuncionalidad.”³

– *“En esencia, el matrimonio es realidad jurídica porque crea relaciones de justicia entre las partes y terceros. Pero, además, el matrimonio interesa al Derecho. Y ¿por qué?, es decir, ¿por qué proteger al matrimonio tal y como se entiende ahora? La respuesta, por evidente, es difícil de aceptar: porque la unión matrimonial -hombre y mujer- está también al servicio de la conservación en condiciones propiamente humanas de la especie –lo que supone bastante más que la mera procreación-, y por tanto, de la sociedad (que es lo que debe proteger el Derecho). El hecho de que algunas parejas no tengan hijos no determina el fin del matrimonio. Como en todo, la excepción confirma, no invalida, la regla.”⁴*

– *“En efecto, las relaciones peculiares entre varón y mujer son las que dan inicio a la compenetración familiar. La comunión de*

³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. *“Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de familia”*, Madrid, Ediciones RIALP, 1996, p. 168

⁴ BLANCO, María. *“Sobre el matrimonio y sus naturaleza jurídica”* AA.VV., La familia: naturaleza y régimen jurídico en el siglo XXI. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo 2007. p. 40

personas que se establece en la familia descansa en primer lugar en la comunión de personas que se establece en el matrimonio entre un varón y una mujer.

Pues bien, las relaciones familiares forman un abanico de relaciones alrededor de la conyugalidad que van desde la paternidad y la maternidad hasta la filiación y la fraternidad. Todas ellas se entretajan combinando la diferencia entre varón y mujer. En efecto, no es exactamente lo mismo ser madre que padre, ni las relaciones madre-hijo o madre-hija, padre-hijo o padre-hija, hermano-hermana.”⁵

NO EXISTE DISCRIMINACIÓN EN LA LIMITACIÓN DEL MATRIMONIO PARA PAREJAS HETEROSEXUALES

– “La regla según la cual el matrimonio sólo puede ser celebrado por personas de diferente sexo no es arbitraria porque existen razones de orden sociológico, histórico, demográfico y de bien común que la justifican.

La limitación de la celebración del matrimonio entre personas de distinto sexo no afecta los derechos de la personalidad de los homosexuales, pues la institución matrimonial no trata simplemente de atender a los intereses privados de los individuos o al desarrollo de su personalidad, sino de regular actos que trascienden la esfera de la intimidad porque se relacionan con la organización de la sociedad”⁶

– “Matrimonio es, pues, la palabra que empleamos para designar específicamente la unión estable entre un hombre y una mujer. Si la unión es entre dos hombres, o dos mujeres, ya no es

⁵ CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca. *“Persona femenina, persona masculina”* Ediciones Rialp, Madrid, 2004, p. 66

⁶ MEDINA, Graciela. *“Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio”*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, p. 274

matrimonio, sino otro fenómeno humano y social diferente, por el mismo tipo de razones por las que una compraventa sin precio ya no es compraventa, sino donación; y conviene subrayar que decir que una donación no es una compraventa no es decir nada peyorativo para la donación, sino simplemente delimitar realidades sustancialmente distintas, acreedoras de un tratamiento jurídico diferente. Pretender que una unión homosexual es matrimonio es algo así como pretender que una unión homosexual sea heterosexual: una contradicción en sus propios términos.”⁷

– *“Es innegable que históricamente, y especialmente en el proceso de formación sucesiva del modelo familiar occidental, la heterosexualidad ha sido y sigue siendo una nota señalativa inseparable de las uniones matrimoniales. Ello no tiene nada de sorprendente ni de discriminatorio.*

Tal consideración obedece a razones de diversa naturaleza: (a) la instancia biológica; (b) la función reproductiva y acaso la función y complementación de los órganos genitales externos de hombre y mujer; (c) nuestro concepto (y convicción) sobre el afecto y el amor de la pareja; (d) nuestra cosmovisión en general; (e) la moral cristiana y antes de ella la historia misma del matrimonio y la unión heterosexual; (f) los valores la cultura occidental, aun en las fases de secularización y alejamiento de las concepciones teológicas; (g) las nociones sobre la sexualidad y los roles derivados de ella; (h) lo considerado como “normal” en la conciencia colectiva; etc.”⁸

⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *“Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo”*, Madrid, Ediciones RIALP, 2007, p. 41-42

⁸ VEGA MERE, Yuri. *“Las nuevas fronteras del Derecho de Familia”*. Editora Normas Legales, Trujillo, 2003. p. 60-61

– *“Ahora bien, en principio, no cabe calificar de injusto a un Estado que no reconozca aquellos grupos sociales que fomenten experiencias afectivas, ligadas a la vida privada de sus miembros, pues no cabe demandar la equivalencia legal entre derechos individuales y conductas íntimas de las personas: no se debe confundir “deseos” con “derechos”, pues lesionar los derechos va contra la naturaleza de la persona, mientras que los deseos pueden ser simples caprichos. Por ello, cabe argüir que negar tal reconocimiento no supone lesionar derecho alguno, dado que la homosexualidad no es un derecho de la naturaleza, ni una exigencia propia de la raza, sino una simple condición de algunos individuos, por lo que no pueden demandar derechos que no les corresponden, cuales son los debidos al matrimonio, que lleva anexo la procreación. Y tal negativa no supone discriminación injusta alguna, pues la tendencia homosexual no encierra el mismo sentido personal y social que es propio del matrimonio heterosexual.”*⁹

– *“La cuestión que se plantea es la de la “discriminación injusta”. ¿Es injusto denegar a los homosexuales que viven en uniones del mismo sexo el estatus social y legal de matrimonio? “La negación del estatus social y jurídico de matrimonio a formas de convivencia que no son ni pueden ser matrimoniales no se opone a la justicia; por el contrario, la justicia lo exige”. De lo contrario “...el concepto de matrimonio experimentaría una transformación radical en detrimento grave del bien común”. La justicia separada del bien común es inaceptable para el orden moral. “Sería totalmente injusto sacrificar el bien común y las normas justas para la familia con el fin de proteger los bienes*

⁹ FERNANDEZ, Aurelio. *“Matrimonio de homosexuales. Una contradicción”* Editorial Palabra, Madrid, 2005. p. 32-33

personales que pueden y deben ser garantizados de manera que no perjudiquen el cuerpo social”.¹⁰

LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO NECESITAN UNA REGULACIÓN LEGAL ESPECIAL

– “El legislador peruano, en desarrollo del mandato constitucional, debe aprobar una “ley de unión civil” que introduzca un régimen legal completo y coherente para brindar tutela a las uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo. Tal régimen legal ha de ser similar en todo al existente para el matrimonio, excepto en cuanto atañe a la adopción; y esto no tanto por razones de principio moral como por razones de prudencia del legislador, debido al estado actual del debate científico, en el que no se observa el necesario consenso acerca de las consecuencias que sobre los niños tiene la formación que pudieran recibir en un hogar conformado por personas del mismo sexo.”¹¹

– “El ordenamiento no puede negar que existe familia entre los convivientes, que se auxilian mutuamente, en forma pública y permanente, porque sería contrario a la realidad existencial. En definitiva, el término familia no puede ser restringido rígidamente a las personas que han formalizado su relación obteniendo, por ejemplo, un certificado de matrimonio o una orden de adopción. Por el contrario, la familia se origina en ‘la

¹⁰ BALMACEDA QUIROZ, Justo Fernando. *“El sujeto del derecho al matrimonio y a la adopción”* en Fernández Sessarego, Carlos, 1926-; Trazegnies Granda, Fernando de, 1935-; Saux, Edgardo Ignacio ... [et al. *“Doxa: tendencias modernas del derecho”*.] Lima: Normas Legales, 2004. p. 206

¹¹ SILES VALLEJOS, Abraham. *“El amor prohibido: uniones afectivas estables entre personas del mismo sexo en el derecho constitucional peruano”*. PROMSEX. Lima, 2010, p. 129.

*exclusividad y longevidad de la relación y el nivel de compromiso emocional y financiero”.*¹²

– *“La primera posición admite que los sentimientos homosexuales son algo normal, una simple cuestión de preferencia o de gusto. Esta posición entiende, por lo tanto, que el sentimiento y la libertad personal determinan la orientación sexual. Se trata de una afectividad sexual construida al margen – con independencia- de la realidad biológica del cuerpo. Además esta teoría intenta equiparar las relaciones homosexuales con las heterosexuales. Por ello, en su dimensión social, la homosexualidad se transforma en una lucha –comparable a la del feminismo- por un cambio de roles sexuales. En definitiva, esta teoría niega que el cuerpo humano sexualmente modalizado tenga algún significado. En la base de la misma hay una concepción “cultural” de la sexualidad, desvinculada totalmente de “lo natural”. De este modo, para esta concepción, siguiendo a MARCUELLO y ELÓSEGUI “la masculinidad y la feminidad constituyen dos conceptos independientes que apenas se correlacionan con el sexo biológico”. Se desconoce toda trascendencia a la sexualidad biológica y a su potencial fecundidad”.*¹³

CONCEPTOS:

MATRIMONIO

– *“Un buen punto de partida (el más apropiado) puede ser la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua: “unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”. De acuerdo*

¹² MEDINA, Graciela. *“Uniones de hecho. Homosexuales”*, Buenos Aires, Rubinza – Culzoni Editores, 2001, p. 25

¹³ CAMPS MERLO, Marina. *“Identidad sexual y derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo”* Editorial EUNSA, Pamplona, 2007. p. 158

con ello, desde el punto de vista gramatical (y semántico) la heterosexualidad forma parte del sentido propio del término matrimonio, a lo que habría que añadir que en este caso la palabra matrimonio carece de un significado específicamente jurídico, distinto del ordinario o no jurídico (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la palabra “tradición”): antes bien, el significado jurídico y el ordinario coinciden plenamente. Pero vale la pena profundizar algo más.

Cuando se afirma que el matrimonio es una unión entre hombre y mujer, no se está indicando uno de los posibles significados del término matrimonio, sino el significado que le es propio. Matrimonio es precisamente la palabra que sirve para designar la unión estable y comprometida entre un hombre y una mujer.”¹⁴

– “Unión jurídica, plena y total, de un varón y una mujer en la virilidad y la feminidad, que comporta una comunidad indivisible de vida, ordenada a la generación y educación de los hijos y a la mutua ayuda.”¹⁵

– “El matrimonio es una institución jurídica, constituida por la unión legal del hombre y la mujer, basada en una relación de derechos y obligaciones recíprocas, fundadas en el afecto mutuo e instituidas con el propósito de organizar la familia. Es el consorcio de un hombre y una mujer, conforme a las leyes comunes y religiosas, a las costumbres establecidas en los pueblos en que rige la monogamia. La mayoría de los estudiosos sobre la materia consideran que constituye la piedra fundamental de la familia, y ésta como célula primigenia y

¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *“Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo”* Ediciones RIALP, Madrid, 2007. p. 39

¹⁵ HERVADA, Javier. *“Cuatro Lecciones de Derecho Natural”* Ediciones Universidad de Navarra S.A, Pamplona, 1998. p. 129

médula principal de la sociedad; no obstante las posibles discrepancias respecto de su definición, continúan siendo la figura fundamental de organización de la familia, y como tal la ensalza y otorga protección a todos sus miembros. Tiene una notable importancia para la sociedad, pues garantiza en cierta forma la estabilidad y permanencia de la familia, particularmente de la pareja, y de los hijos si los hubiere."¹⁶

– *"La familia como fenómeno natural, dice D'Aguanno, tiene su origen en la unión de los sexos; y como institución jurídica, en el matrimonio, que es la unión sancionada por la ley.*

Empero, decir que el matrimonio "es la unión de los sexos sancionada por la ley" es aludir a un hecho y a una forma, pero sin penetrar, como es forzoso para configurar el concepto, en la esencia del fenómeno matrimonial, a cuya comprensión es posible llegar a través de un estudio teológico del mismo."¹⁷

– *"En primer lugar, "matrimonio", en su etimología más originaria y en su desarrollo social, significa la unión de un hombre y una mujer. Y ello no es debido a un proceso histórico o una invención cultural; tampoco tiene origen en una interpretación moral o religiosa, sino que responde a la espontaneidad biológica, obedece a un instinto primario, constata una de las expresiones de la psicología del ser racional, por lo que representa y confirma una de las constantes más comunes en todos los tiempos.*"¹⁸

¹⁶ MONTOYA CALLE, Mariano. *"Matrimonio y Separación de Hecho"* Editorial San Marcos, Lima, 2006. p. 109

¹⁷ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *"Derecho Familiar Peruano: Sociedad conyugal, sociedad paterno filial, amparo familiar del incapaz"* Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999. p. 43

¹⁸ FERNÁNDEZ, Aurelio. *"Matrimonio de homosexuales: una contradicción"* Editorial Palabra, Madrid, 2005. p. 11

UNIÓN DE HECHO/FAMILIA DE HECHO

– *“Las uniones de hecho surgieron como instituto jurídico para proteger a los concubinos, heterosexuales, que se veían desprotegidos, económicamente, antes las posibles deserciones de la vida común respecto de uno de los dos. Pero sigue emulando a la naturaleza en cuanto a la unión de personas de sexo diferente.”*¹⁹

– *“Se le puede definir como una unión espontánea, libre, pública y estable de dos personas de diferente sexo, con independencia de su orientación sexual, siempre que guarden entre sí una relación de afectividad análoga con el matrimonio. Tenía dos acepciones, una amplia: constituida en la unión de una pareja no casada, haciendo vida de tales; otra restringida, la que exige la presencia de ciertos requisitos para la convivencia sea entendida como tal.”*²⁰

– *“Como ya hemos establecido al tratar de los caracteres de la familia de hecho, existe unánime consenso entre los autores en que no pueden incluirse en el concepto de familia las uniones homosexuales, pues se trata de convivencias que contrastan frontalmente con la noción de familia que permanece en la sociedad occidental y puesto que, además, contravienen uno de los aspectos esenciales de la institución familiar, cual es el de servir de medio eficaz para la perpetuación de la especie.”*²¹

¹⁹ BALMACEDA QUIROZ, Justo. Op Cit. p. 204

²⁰ MONTOYA CALLE, Mariano. *“Matrimonio y Separación de Hecho”* Editorial San Marcos, Lima, 2006. p. 95

²¹ CORRAL TALCANI, Hernán. *“Derecho y derechos de la familia”* Editorial Grijley. Lima, 2005. p. 82

DISCRIMINACIÓN

– *“La discriminación alegada por parte de los homosexuales no es tal porque no hay situaciones iguales y la analogía no cabe en estos aspectos. (...)”*

No hay discriminación porque no hay arbitrariedad. La racionalidad de la diferencia radica en que las parejas homosexuales sólo pueden cumplir los deberes individuales que cumplen las parejas heterosexuales, pero no las sociales.”²²

– *“Tampoco el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incluido en su definición de la discriminación por el sexo la discriminación por la orientación sexual. Al contrario, en su jurisprudencia confirmó repetidas veces que disposiciones nacionales, que privilegian a matrimonio y uniones de hecho frente a parejas homosexuales, no violan el artículo 14 de la Convención Europea de Derecho Humanos. Esto significa que hasta el momento los instrumentos internacionales no ofrecen una protección contra la discriminación por la orientación sexual. El tratamiento distinto entre parejas homosexuales, matrimonios y uniones de hecho es una diferenciación y no una de discriminación prohibida.”²³*

– *“Podemos empezar el análisis formulando la siguiente pregunta (que nos situaría inicialmente en el ámbito de la discriminación por razón de orientación sexual): ¿están injustamente discriminados los homosexuales por el hecho de no poder casarse entre sí? La respuesta más evidente, en un primer nivel argumental es que no. Una persona homosexual puede*

²² BALMACEDA QUIROZ, Justo. Op. Cit, p. 192-193

²³ LOSING, Norbert. “Los derechos humanos de las parejas del mismo sexo” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Tomo I “El Derecho de familia y los nuevos paradigmas” Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 1999. p. 119-120

contraer matrimonio con las mismas personas y en las mismas condiciones que una persona heterosexual: es decir, con una mujer (si es varón) o con un varón (si es mujer). Sería discriminatorio que al homosexual se le impidiera radicalmente contraer matrimonio, con cualquier persona, por el hecho de ser homosexual. Pero no es así, puede casarse cuando quiera, pero con persona del otro sexo, como todos. Del mismo modo, sería discriminatorio que sólo a los homosexuales se les impidiera casarse con personas del mismo sexo; pero, en el sistema español derogado (vigente todavía en la inmensa mayoría de ordenamientos del mundo, incluidos los de nuestra cultura y tradición jurídica) ni unos ni otros (homosexuales y heterosexuales) podían casarse con personas del mismo sexo.”²⁴

PATERNIDAD

– *“La paternidad y maternidad potenciales son dimensiones naturales de la virilidad y la feminidad. El matrimonio es unión de feminidad y virilidad. Con dos personas del mismo sexo habría dos virilidades o dos feminidades que se “unen”, en algo que no es matrimonio. Y ante esta circunstancia los niños no recibirán complementariamente lo que varón y mujer; padre y madre puedan darles, virilidad y feminidad”.*²⁵

– *“La maternidad, por ejemplo, es una articulación peculiar y singular de la generación. Se trata de una relación distinta pero inseparable de la paternidad. La maternidad está unida a la feminidad como la paternidad lo está a la masculinidad. En los dos casos se trata de una relación recíproca. Pero así como la*

²⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. Op. Cit. p. 82

²⁵ BALMACEDA QUIROZ, Justo. “El sujeto del derecho al matrimonio y a la adopción” en FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “DOXA: tendencias modernas del Derecho” Lima: Normas Legales, 2004. p. 212

relación feminidad-masculinidad no parece decir en sí misma relación a un tercero, maternidad-paternidad son relaciones indisolublemente unidas a la filiación. No hay padre ni madre sin hijo.

La paternidad y la maternidad humanas son algo más profundo que el puro proceso biológico. Pero en su manifestación biológica, quizá por aquello de que el cuerpo es expresión de la persona, reflejan lo oculto de sus relaciones. Paternidad y maternidad son dos poderes. Ambos son activos y aportan al embrión la misma carga cromosómica. Pero para darla se relacionan entre ellos de un modo complementario. Actúan de un modo diferente cada uno, pero conjuntados en una acción común."²⁶

²⁶ CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca. *"Persona femenina, persona masculina"* Ediciones Rialp, Madrid, 2004. p. 76-77

CAPÍTULO II.- MARCO METODOLÓGICO

2.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente es una investigación cualitativa tradicionalmente usada en las ciencias sociales, cuyo objeto es obtener un conocimiento profundo del comportamiento humano y las razones que conllevan a dicho comportamiento, de esa manera identificar la naturaleza de las realidades o del problema a tratar.

Siendo así, se buscará conocer las situaciones controvertidas del tema desprendidas en la realidad, cotejándolas con la información recopilada en la bibliografía a fin de conocer las relaciones teórico-doctrinarias.

Se utilizará el análisis y la síntesis como procedimientos; y la observación indirecta y el fichaje como técnicas.

2.2. ABORDAJE METODOLÓGICO

2.2.1. TÉCNICAS

A. Fichaje

Se aplicará esta técnica a fin de almacenar en forma ordenada la información recolectada en la diversa bibliografía.

Las fichas permitirán acumular, organizar y posibilitar el uso de datos.

Se utilizarán fichas textuales, fichas de resumen y fichas comentario.

B. El análisis documental

Se realizará la búsqueda, registro y crítica de las fuentes.

C. La toma de notas

Se tomará notas en las clases de la maestría que estén relacionadas al problema a tratar, a fin de registrar información ofrecida por el profesor en clase.

2.2.2. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN:

Se desarrollarán en primer lugar los objetivos específicos para consecuentemente exponer el objetivo principal, de manera que podamos responder al problema de la investigación.

Con el primer objetivo específico se busca conocer el sustento jurídico de la protección que otorga el Estado a la institución jurídico social del matrimonio, en otras palabras ¿Por qué el Estado regula y protege el matrimonio? y ¿cómo lo hace? De esa forma podremos dilucidar argumentos de derecho positivo (relacionado también al derecho natural) a fin de obtener un mayor entendimiento de la relevancia de esta figura.

En cuanto al segundo objetivo específico, se busca conocer los lineamientos jurídicos (constitucionales y legislativos) del matrimonio en nuestro país a fin de dilucidar si ésta permite la aplicación de una regulación para el caso de uniones entre personas del mismo sexo como sucede en otros países, lo que nos acerca al tercer y último objetivo específico: verificar cómo ha funcionado dicho direccionamiento en el derecho comparado y suponer su aplicación en nuestro sistema jurídico.

Luego de concluir con el análisis de cada objetivo específico, podremos dar solución al objetivo principal, en donde vamos a determinar si es factible o no que en nuestro país se legalice el matrimonio entre personas del mismo sexo y en qué fundamentos estará basado dicho planteamiento.

2.3. ESCENARIO

El matrimonio en el Perú frente a la problemática de las uniones entre personas del mismo sexo.

2.4. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

- Fichas textuales
- Fichas de resumen
- Fichas de comentarios
- Toma de apuntes

2.5. PROCEDIMIENTO

LECTURA: observación atenta y cuidadosa con sentido analítico y crítico.

SELECCIÓN: con la información recabada se hará una selección orientada tanto a las principales corrientes de pensamiento a las cuales dio lugar el problema que uno estudia, como a las contrarias, a fin de tener una mayor amplitud en el conocimiento del tema.

REGISTRO: Se hará uso de fichas. Se anotará en ellas todo lo que fuere necesario retener de conformidad con el plan de investigación. Los datos registrados serán tanto sobre ideas ajenas o sobre ideas propias y consideraciones personales que surgen a medida que se avanza en la lectura de las fuentes.

2.6. ANÁLISIS DE LOS DATOS

Búsqueda

- Obtener información completa acerca de la bibliografía existente sobre el tema de investigación y extraer todos los datos indispensables que deban recogerse y acumularse.

- Establecer la lista de trabajos ya aparecidos sobre el tema de investigación, También de conferencias, congresos académicos, etc. incluso de las clases de la Maestría que se están desarrollando.
- Hacer indagaciones en el derecho comparado sobre la materia a investigar.

Registro

- Hacer un examen y resumen de libros, tesis, artículos y notas de jurisprudencia publicadas sobre la materia objeto de estudio.
- Recolectar datos mediante la elaboración de fichas, notas, apuntes, resúmenes de las fuentes de conocimiento que sirvan para la solución del problema planteado.

Crítica

- Realizar un análisis crítico de la información recabada a fin de considerar sólo aquella que servirá para los fines del trabajo y que es de fuente confiable.
- Clasificación de los datos para hallar un nuevo conocimiento.

2.7. CRITERIOS ÉTICOS

- Consentimiento informado
- Confidencialidad
- Respeto a la persona
- Valor social

2.8. CRITERIOS DE RIGOR CIENTÍFICO

- Credibilidad
- Transferibilidad
- Dependencia
- Confirmabilidad

CAPÍTULO III.- ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

3.1. LA REGULACION DEL MATRIMONIO

3.1.1. Una aproximación a la definición de matrimonio

¿Qué es el matrimonio? ¿Cómo definirlo? ¿Podemos definirlo? Mucho hablamos sobre ese concepto, pero pocas veces nos atrevemos a plantear una definición. Y es que el matrimonio es más amplio que la compañía, que la atracción e incluso que el amor, como erróneamente se ha querido desviar su fundamento.

No es ocioso buscar una definición “no jurídica” del término matrimonio, en tanto es algo que sobrepasa también esa esfera. Carlos Martínez de Aguirre tiene una gran iniciativa respecto a buscar la definición de matrimonio de la forma más simple y habitual: en un diccionario, así pues invita a considerar la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua que conceptualiza así: “unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”. De acuerdo con ello, desde el punto de vista gramatical (y semántico) la heterosexualidad forma parte del sentido propio del término matrimonio, a lo que habría que añadir que en este caso la palabra matrimonio carece de un significado específicamente jurídico, distinto del ordinario o no jurídico (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la palabra “tradición”):

antes bien, el significado jurídico y el ordinario coinciden plenamente. Pero vale la pena profundizar algo más.

Cuando se afirma que el matrimonio es una unión entre hombre y mujer, no se está indicando uno de los posibles significados del término matrimonio, sino el significado que le es propio. Matrimonio es precisamente la palabra que sirve para designar la unión estable y comprometida entre un hombre y una mujer.²⁷

El matrimonio, en su etimología más originaria e incluso en su desarrollo social significa la unión de un hombre y una mujer. Y esto no tiene origen en una interpretación moral o religiosa, sino que responde a la espontaneidad biológica, obedece a un instinto primario, constata una de las expresiones de la psicología del ser racional, por lo que representa y confirma una de las constantes más comunes en todos los tiempos.²⁸

Y en efecto, la perspectiva del matrimonio siempre ha presupuesto la existencia de un varón y una mujer, y de esto hasta la historia nos da alcance. No es que el derecho “creó” el matrimonio sino que existían en la práctica dichas uniones y por su relevancia social el Derecho se interesó en regularlas y proporcionarles una “conceptualización jurídica” a fin de identificarlas e institucionalizarlas. El fenómeno social y humano que consiste en la unión estable y comprometida entre un hombre y una mujer, recibe el nombre de matrimonio. Primero existe el fenómeno y luego el derecho lo regula.

Resulta importante tener una aproximación al concepto de matrimonio, que como podemos apreciar, por más simple que sea la fuente (como en el caso del diccionario), nos revela las esencialidades de un concepto fuera del ámbito legal que nos permitirán entenderlo dentro de este y así regularlo conforme a sus características y en favor de sus verdaderas necesidades.

²⁷ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *“Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo”* Ediciones RIALP, Madrid, 2007. p. 39

²⁸ Cfr. FERNÁNDEZ, Aurelio. *“Matrimonio de homosexuales: una contradicción”* Editorial Palabra, Madrid, 2005. p. 11

Si se analiza el concepto de matrimonio desde muchas perspectivas, de todas podremos observar tres constantes presentes: la heterosexualidad (varón - mujer, virilidad - feminidad), indisolubilidad (esto corresponde a sus fines aunque en la realidad se haya llegado al punto de hacerlo opcional), vida en común. Esto por ejemplo lo podemos encontrar presente en la definición de matrimonio que plantea Javier Hervada: “unión jurídica, plena y total, de un varón y una mujer en la virilidad y la feminidad, que comporta una comunidad indivisible de vida, ordenada a la generación y educación de los hijos y a la mutua ayuda”.²⁹

Como juristas conocemos de la repercusión que genera la redefinición de una institución jurídica (cualquiera que sea) en el resto del sistema legal, cuánto más lo es el de una institución generadora de familias. Es por ello riesgoso desligar la concepción del matrimonio de cualquiera de sus características esenciales. La historia (y de hecho, la realidad actual) nos revela cómo el divorcio afectó no solo la percepción del matrimonio sino de la familia misma. Por ello ahora que se pretende desenlazarlo de la heterosexualidad, significa no solo un cambio del concepto del matrimonio mismo sino de las demás concepciones consecuentes a éste: la familia, la paternidad, la maternidad. La misma opinión comparte Pedro- Juan Viladrich, quien propone que: “La extralimitación de un sistema jurídico histórico comienza, pues, cuando la realidad natural del matrimonio, como resultado de su regulación por el legislador, deja de ser en el plano legal aquella unión perpetua y exclusiva entre varón y mujer ordenada hacia la fecundidad y la mutua ayuda, convirtiéndose en una relación sexual, que puede ocurrir entre personas de un mismo sexo, o que se considera transitoria y pasajera, o que tolera la pluralidad de esposas o esposos (poligamia y poliandria), o que se instaura al margen por completo de una orientación hacia los fines matrimoniales objetivos, o muchas de estas

²⁹ HERVADA, Javier. *“Cuatro Lecciones de Derecho Natural”*. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1998. p. 129

distorsiones simultáneamente.³⁰ Si consideramos que la diferencia sexual es arbitraria, también podemos llegar a considerar lo mismo de la monogamia y la perpetuidad.

3.1.2. La relación jurídico matrimonial

Que no haya un concepto jurídico fijo no le quita a la persona su concepto; lo mismo pasa con el matrimonio. El reconocimiento de persona es esencial para el bien común, de igual forma el reconocimiento del matrimonio es igual de esencial para el desarrollo y protección de la sociedad³¹.

El matrimonio va más allá de una simple unión de varón y mujer, es un fenómeno social en cuanto a sus determinadas características y consecuencias. Es preciso entender al matrimonio como reconocimiento social de una relación con beneficios legales. Tiene un propósito: hacer vidas nuevas (y cuidarlas). Para Mariano Montoya Calle el matrimonio “es una institución jurídica, constituida por la unión legal del hombre y la mujer, basada en una relación de derechos y obligaciones recíprocas, fundadas en el afecto mutuo e instituidas con el propósito de organizar la familia. Es el consorcio de un hombre y una mujer, conforme a las leyes comunes y religiosas, a las costumbres establecidas en los pueblos en que rige la monogamia. La mayoría de los estudiosos sobre la materia consideran que constituye la piedra fundamental de la familia, y ésta como célula primigenia y médula principal de la sociedad; no obstante las posibles discrepancias respecto de su definición, continúan siendo la figura fundamental de organización de la familia, y como tal la ensalza y otorga protección a todos sus miembros. Tiene una notable importancia para la

³⁰ VILADRICH, Pedro-Juan. *“La agonía del Matrimonio Legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio”*, Editorial EUNSA, Pamplona, 2001, p. 178

³¹ “La verdad del hombre, en cuanto persona, es que antes que ciudadano, es un ser familiar (hijo, hermano, padre o esposo), es decir, una identidad articulada en la relación, un co-ser.” PERIS CANCIO, J. A. *“Diez temas sobre los derechos de la familia: La familia, garantía de la dignidad humana”*. Editorial EUNSA, Madrid, 2002. p. 45

sociedad, pues garantiza en cierta forma la estabilidad y permanencia de la familia, particularmente de la pareja, y de los hijos si los hubiere.³²

El matrimonio genera vínculos jurídicos (parentesco de primer grado) y modifica el estado civil de los contrayentes, y con ello genera todo un listado de deberes y derechos entre ellos, y las consecuencias jurídicas que correspondan. En esencia, el matrimonio es realidad jurídica porque crea relaciones de justicia entre las partes y terceros.

El matrimonio, mucho más allá de ser una relación interpersonal social, es también una relación jurídica, que a su vez genera otras relaciones jurídicas. Si bien las relaciones peculiares entre varón y mujer son las que dan inicio a la compenetración familiar, la comunión de personas que se establece en la familia descansa en primer lugar en la comunión de personas que se establece en el matrimonio entre un varón y una mujer. Pues bien, las relaciones familiares forman un abanico de relaciones alrededor de la conyugalidad que van desde la paternidad y la maternidad hasta la filiación y la fraternidad. Todas ellas se entretajan combinando la diferencia entre varón y mujer. En efecto, no es exactamente lo mismo ser madre que padre, ni las relaciones madre-hijo o madre-hija, padre-hijo o padre-hija, hermano-hermana³³.

3.1.3. ¿Por qué el Estado protege el matrimonio?

La pregunta que mayormente se omite y que permitiría llegar a una conclusión sobre la polémica es ¿por qué se protege el matrimonio? en vez de la común interrogante de ¿por qué no proteger el matrimonio entre personas del mismo sexo?

Ante ello, la historia nos sirve como jurista. Todas las sociedades han regulado las uniones sexuales porque éstas generan nuevos seres

³² MONTOYA CALLE, Mariano. *“Matrimonio y Separación de Hecho”* Editorial San Marcos, Lima, 2006. p. 109

³³ Cfr. CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca. *“Persona femenina, persona masculina”* Ediciones Rialp, Madrid, 2004. p. 66

humanos que necesitan de un especial cuidado³⁴ que ni el Estado es capaz de ofrecerles. Por eso el Estado se inmiscuye e interesa en el matrimonio.

El matrimonio asegura el bienestar de los niños. Cuando el Estado reconoce el matrimonio protege a los niños al incentivar a los hombres y mujeres a comprometerse el uno al otro y a tomar responsabilidad por sus hijos. En esa misma línea señala María Blanco: “el matrimonio interesa al Derecho. Y ¿por qué?, es decir, ¿por qué proteger al matrimonio tal y como se entiende ahora? La respuesta, por evidente, es difícil de aceptar: porque la unión matrimonial -hombre y mujer- está también al servicio de la conservación en condiciones propiamente humanas de la especie –lo que supone bastante más que la mera procreación-, y por tanto, de la sociedad (que es lo que debe proteger el Derecho). El hecho de que algunas parejas no tengan hijos no determina el fin del matrimonio. Como en todo, la excepción confirma, no invalida, la regla.”³⁵

Siendo así, cuando se pretende recurrir a la protección jurídica de las parejas del mismo sexo, es menester recordar la verdadera razón por la que el Estado protege a las parejas heterosexuales.

La unión entre hombre y mujer tiene unas características estructurales y funcionales que la diferencian de la unión entre dos hombres o dos mujeres; esas diferencias son bastante relevantes como para justificar denominaciones distintas que permitan diferenciarlas y un tratamiento

³⁴ “La motivación radical de la familia en todas las varias formas que ésta presenta en la historia – dice RECAESNS SICHES – consiste en la necesidad de cuidar, alimentar y educar a la prole. Es característico del ser humano el hecho de la lentitud con que llega a ser capaz de valerse por sí mismo, tanto en lo que atañe al aprendizaje de dónde y cómo obtener el alimento y subvenir a las otras necesidades perentorias (habitación, vestido, etc.), como en lo que respecta al aprendizaje de abstenerse de actos peligrosos para sí mismo y para los demás. Para colmar esas necesidades de los hijos se ha creado la institución de la familia. Las formas de ésta son muy variadas a lo largo de la historia y en las diversas civilizaciones. Pero en todas ellas hay de común un esquema de institución que implica la unión estable entre los progenitores y entre estos y los hijos hasta la madurez física e intelectual de los segundos”. RECAESNS SICHES, Luis. “Tratado General de Sociología”. Editorial Porrúa, 9na Edición, México, 1968. Citado por CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Derecho y Derechos de la familia*”. Editorial Grijley. Lima, 2005. p. 43

³⁵ BLANCO, María. “*Sobre el matrimonio y sus naturaleza jurídica*” AAVV., La familia: naturaleza y régimen jurídico en el siglo XXI. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo, 2007. p.40

jurídico diferenciado; y ello no supone una consideración peyorativa de las uniones homosexuales.

¿Cuáles son esas diferencias? La primera deriva de la propia estructura. Las consecuencias (biológicas y sociales) de la complementariedad de los sexos y la existencia de relaciones sexuales entre los componentes de la pareja.

Del hecho de que dos varones o dos mujeres mantengan relaciones sexuales entre sí, no se deriva el nacimiento de nuevos seres humanos; del hecho de que varón y mujer mantengan relaciones entre sí, puede derivarse (y en muchos casos se deriva) el nacimiento de nuevos seres humanos. Es la propia estructura y funcionalidad de la unión sexual entre personas de diferente sexo la que produce esos efectos, sin necesidad de intervención de terceros.

Esas relaciones sexuales desembocan en el nacimiento de nuevos seres humanos, nuevos ciudadanos, lo que data a dichas uniones de un peculiar e intenso valor social frente a las uniones que estructuralmente (no coyunturalmente o patológicamente) no pueden dar lugar al nacimiento de nuevos ciudadanos. Los nuevos ciudadanos aseguran la continuidad social. De ahí que la trascendencia de uno y otro fenómeno es distinta³⁶.

No es reconocimiento jurídico basado en sentimientos, ni en deseos, mucho menos en atracciones, así pues explica Carlos Martínez de Aguirre: "Respecto a las parejas homosexuales, el único fundamento posible de reconocimiento jurídico es el deseo psicológico de los convivientes. Pero ya sabemos que ese deseo no justifica el reconocimiento y la protección de la sociedad a través del Derecho (como tampoco justificaría el reconocimiento y la protección jurídica, mediante un régimen normativo específico, de la amistad). La afectividad, en sí y por sí, no interesa al Derecho; y la sexualidad básicamente en relación con sus consecuencias (la procreación), pero entonces con gran intensidad e institucionalmente. La unión

³⁶ "Existen relaciones de familia que son y deben ser de carácter público, pues interesan para estructurar la sociedad e incluso para proteger la misma vida familiar. Otras en cambio, sólo conciernen a las personas que las viven y forman parte de su intimidad personal." CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit. p. 261

homosexual es un caso de relación afectiva con contenido sexual, pero sin consecuencias sociales relevantes derivadas de su propia naturaleza. Desde este punto de vista, no interesa a la sociedad, ni tampoco al Derecho. Es más, el interés estaría, en todo caso, en desincentivarlas, por su evidente disfuncionalidad.”³⁷

En la misma línea señala Aurelio Fernández que: “en principio, no cabe calificar de injusto a un Estado que no reconozca aquellos grupos sociales que fomenten experiencias afectivas, ligadas a la vida privada de sus miembros, pues no cabe demandar la equivalencia legal entre derechos individuales y conductas íntimas de las personas: no se debe confundir “deseos” con “derechos”, pues lesionar los derechos va contra la naturaleza de la persona, mientras que los deseos pueden ser simples caprichos. Por ello, cabe argüir que negar tal reconocimiento no supone lesionar derecho alguno, dado que la homosexualidad no es un derecho de la naturaleza, ni una exigencia propia de la raza, sino una simple condición de algunos individuos, por lo que no pueden demandar derechos que no les corresponden, cuales son los debidos al matrimonio, que lleva anexo la procreación. Y tal negativa no supone discriminación injusta alguna, pues la tendencia homosexual no encierra el mismo sentido personal y social que es propio del matrimonio heterosexual.”³⁸

Por otro lado, si bien existe la posibilidad de que las parejas del mismo sexo tengan hijos por adopción, o a través del uso de técnicas de reproducción asistida (en el caso de parejas de dos mujeres), en ambos supuestos es imprescindible la intervención del derecho positivo dirigida a “generar” entre los dos hombres o las dos mujeres y el hijo adoptado, o entre las dos mujeres y el hijo biológico de una de ellas, unos vínculos jurídicos de filiación carentes de base biológica. Mientras que en estos supuestos los hijos lo serían de la pareja (o del matrimonio) entre personas del mismo sexo

³⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. “*Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de familia*”, Madrid, Ediciones RIALP, 1996, p. 168

³⁸ FERNÁNDEZ, Aurelio. “*Matrimonio de homosexuales. Una contradicción*” Editorial Palabra, Madrid, 2005. p. 32-33

porque la ley lo dice, en el caso de las parejas heterosexuales los hijos son biológicamente de ambos, y el derecho positivo lo único que hace es reconocer esa realidad natural³⁹.

3.1.4. El matrimonio en la Constitución y su tratamiento en la legislación peruana

La Constitución de 1979 ha sido la más prolífica en establecer normas de protección familiar y del matrimonio. El propio preámbulo (que no se ha vuelto a repetir en la Constitución de 1993 afirma que *“La Familia es la célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza...”*.

La Constitución de 1979 fue innovadora en muchas cosas, una de ellas es que se incorporó un capítulo especial de la Familia, y prescribía en su artículo 5º: *“El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”*.

Nuestra actual Constitución (desde el año 1993) establece en su artículo 4º que *“La comunidad y el Estado... protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.”*

Por otra parte a nivel infraconstitucional el código Civil señala en el artículo 234º que *“El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.”*

Como se observa, estos enunciados se manifiestan como un horizonte que ha partido de un plano natural. La heterosexualidad del matrimonio no es un reflejo de los valores dominantes en la etapa codificadora, o en los dos últimos siglos, sino una constante presente a lo largo de toda nuestra historia sociojurídica.

³⁹ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *“Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo”* p. 46

Bernales Ballesteros manifiesta que: “el reconocimiento del matrimonio y la familia como institutos naturales de la sociedad equivale a colocarlos como precedentes en orden de prioridad y de existencia real a la ley; no son constituidos por ella, sino que existen desde antes de la ley; ésta solo los reconoce. Su reconocimiento como institutos fundamentales equivale a decir que la sociedad tiene base en ellos y que, por lo tanto son materia de promoción, protección y conservación.”⁴⁰ Si de lo que se trata, de acuerdo a nuestra Constitución y a nuestras leyes es proteger a la familia y promover el matrimonio, es una contradicción legislar algún tipo de unión que no aporta bienestar a la persona en sí misma, mucho menos a la familia y aún peor a la sociedad en general.

Nuestra constitución tampoco establece ningún “derecho al matrimonio” como muchas veces se suele oír. El matrimonio no es un derecho. El matrimonio responde a una necesidad de la especie humana, no del individuo.

Lo que sí existe es un derecho a contraer matrimonio, y ¿qué matrimonio? A diferencia de otras constituciones, la nuestra no establece la definición de matrimonio en su contenido, sin embargo señala de dónde se tomará el concepto y es el prescrito por el Código Civil.

Por otro lado, ni la Constitución, ni el Código se refieren a la orientación sexual de los contrayentes pero sí lo hacen a su sexo. Legalmente no hay problemas en que un varón homosexual se case con una mujer, o en que una mujer homosexual se case con un varón.

Es importante también señalar la opinión de Yuri Vega Mere respecto al trato que se da nuestra legislación a la homosexualidad en el ámbito matrimonial: “la homosexualidad es considerada para nuestro sistema jurídico como una de las causales de decaimiento y disolución del vínculo conyugal (artículo 333 inciso 9 y artículo 349 del Código Civil)...Todo ello nos induce a concluir que constitucional y legalmente no es posible admitir

⁴⁰ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *“La Constitución de 1993: Análisis comparado”*. Editorial ICS. Lima, 1996. p. 162

el matrimonio ni las uniones homosexuales como actos merecedores de tutela por el ordenamiento jurídico⁴¹”.

En los últimos años se han presentado proyectos a fin de “crear” instituciones jurídicas que permitan a las parejas del mismo sexo gozar de beneficios similares a los que obtendrían en un matrimonio. Lo peculiar es que ninguno ha pretendido directamente la modificación del concepto de matrimonio que prescribe el Código Civil, como sí sucede en el Derecho comparado, y ello es un indicador de que existe conocimiento de la inconstitucionalidad que eso supondría en nuestro país. Sin embargo, cabe señalar que generar figuras jurídicas análogas al matrimonio también suponen una transgresión al artículo 4º de la Norma Suprema, en tanto ello estaría transgrediendo la institución del matrimonio en vez de promoverlo. Hay que prever que de aceptar alguno de dichos proyectos que se introduce como un “nuevo tipo de matrimonio” o algo “similar pero distinto al matrimonio” (independientemente del nombre que se le ponga), lo que se hace es modificar el concepto legal del matrimonio que pasa a ser “sexualmente indiferenciado”, algo que como se analizará más adelante resulta inconstitucional.

3.1.5. El matrimonio en la jurisprudencia reciente

Es importante la opinión del Tribunal Constitucional en cuanto a temas de matrimonio.

Cabe señalar que no han existido en nuestro país (como sí en otros países de Latinoamérica) casos en los que explícitamente se haya recurrido al órgano judicial a fin de aprobar mediante esta vía la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo o el reconocimiento de derechos a parejas del mismo sexo, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sí se ha pronunciado sobre temas de matrimonio.

⁴¹ VEGA MERE, Yuri. *“Las nuevas fronteras del Derecho de Familia”*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003, p. 104-105

Los magistrados han señalado que no existe el “derecho al matrimonio” sino que familia y matrimonio son dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. Así el fundamento 13 de la sentencia respecto al expediente N° 2868-2004-AA/TC. señala: “En primer lugar, el Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional.

Más que de dos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido.

Se trata de una garantía sobre el instituto que, por cierto, no alcanza a los derechos que con su celebración se pudieran generar, los mismos que se encuentran garantizados en la legislación ordinaria y, particularmente, en el Código Civil. De manera que, desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones.”

Por su parte, en el expediente N°00139-2013-PA/TC, demanda de amparo presentada por Estela, un transexual reasignado solicitaba cambiar el sexo (de masculino a femenino) consignado en su partida de nacimiento y DNI.

A juicio de los magistrados, ordenar el cambio de sexo de un transexual supondría que una persona pueda cambiar voluntariamente su sexo registral, admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo (una persona transexual conserva su sexo cromosómico) e inclusive la defraudación a terceros si la o el transexual se casara sin comunicarle al otro contrayente el cambio de su sexo registral.

Así en el fundamento 33 se afirma que: “estimar el pedido del recurrente acarrearía, de entrada, los siguientes impactos en nuestro ordenamiento jurídico: 1) que una persona pueda cambiar a voluntad su sexo en el registro civil; 2) admitir el matrimonio de personas del mismo sexo, ya que un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico”.

Y el fundamento 39 prescribe: “Asimismo sería necesario determinar si los efectos del cambio de sexo en el registro civil se dan a partir de que éste se efectúa ("*ex nunc*") o desde el nacimiento del transexual ("*ex tunc*"), es decir, si la modificación registral es constitutiva o declarativa. Tendría que tenerse una respuesta también, en la hipótesis de que el transexual hubiera estado casado, al problema de si el cambio de sexo en el registro civil acarrearía la disolución del matrimonio y, en relación a los hijos nacidos en éste, el trastroque de la relación paterno-filial antecedente por la materno-filial (o viceversa), pudiendo alcanzarse así una situación familiar de hijos con dos madres o con dos padres, con la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad. Habría en general que considerar y dar previsiones jurídicas a las consecuencias de todo orden que el cambio de sexo en el registro civil lleva aparejadas, especialmente en todas las relaciones jurídicas en que el sexo de la persona haya sido determinante para su constitución.”

3.2. EL CONTEXTO SOCIAL Y LEGAL

3.2.1. La debilitación del matrimonio

Son diversas las tendencias que han llevado a un inminente cambio en la percepción del matrimonio. La realidad revela que la situación no es para

nada favorable: hogares menos estables, alto número de divorcios, incremento de las uniones informales, descenso de la tasa de nupcialidad, aumento de nacimientos fuera del matrimonio, aumento de los grupos familiares monoparentales, etc. En ese panorama, no sorprende que en algunas sociedades la heterosexualidad haya dejado de ser uno de los componentes esenciales del matrimonio (considerando que la indisolubilidad ya no es considerada como tal, y que la procreación ya no es vista socialmente como uno de sus fines).

Pero todo esto no es resultado de algo reciente, décadas atrás cuando se promovió el uso de los anticonceptivos se dio el primer paso hacia la desvinculación entre la sexualidad y la procreación generando una cultura en la que el sexo, confundido con términos como rol y género, pasa a ser algo electivo y con el único fin de la satisfacción. No es pues sorpresa que esa preeminencia de la voluntad aún por encima de la naturaleza haya dado como resultado el fomento de conductas sexuales anómalas como el homosexualismo.

Alrededor del mundo, existen grupos que promueven la legalización de las uniones entre personas del mismo sexo con el fin de otorgarles derechos y beneficios similares a los de las uniones de hecho de parejas heterosexuales o equiparar dichas situaciones al matrimonio, lo que ha sido alcanzado en otros ordenamientos jurídicos incluso hasta de países latinoamericanos.

Pero la distorsión del matrimonio fue iniciada por parte de los heterosexuales, quienes poco a poco fueron convirtiendo dicha institución en una relación meramente sexual, que se considera transitoria y pasajera, y que en algunos casos pretende tolerar la pluralidad de esposas o esposos, entre otras cosas. Todo ello, aunado a la “libertad sexual” y el predominio de la autonomía de la voluntad, ha llevado a que esas ideologías se filtren hasta llegar al plano jurídico y que pretendan (y en algunos casos logren) desde ahí generar redefiniciones. Aquilino Polaino resume dicha situación de la siguiente manera: “Hace ahora casi treinta años que se iniciaron las campañas contraceptivas al servicio del control de la natalidad.

Posteriormente se generalizó su uso a casi toda la tierra. Acaso los analistas de la cultura de entonces no repararon en lo que estaba sucediendo. Lo que aconteció entonces es que se escindió -por primera vez y radicalmente en la especie humana- la sexualidad de la procreación, hasta el punto de garantizar al 100 por 100 la represión total de la procreación, mientras se procura satisfacer también al 100 por 100, su dimensión hedónica.... En otro orden de cosas, la incorporación masiva de la mujer al mundo del trabajo - hasta el extremo de predominar en muchas profesiones el número de mujeres por encima del número de varones que en ellas trabajan- ha sido posible en buena medida por el uso de contraceptivos. Esa invasión masiva del ámbito laboral por parte de la mujer ha determinado, por el contrario, el aumento del paro masculino y, a su través, ha generado un cambio radical en las atribuciones, roles y distribución de papeles en el seno de la familia.⁴²

3.2.2. El argumento de la “discriminación” y la “igualdad”

Basados en argumentos relativos a la “igualdad” y la “no discriminación” los homosexuales han alcanzado en muchos países una posición favorecida que les ha permitido modificar leyes a favor de sus intereses. Pero, ¿existe verdaderamente discriminación cuando se niega la legalización de uniones entre personas del mismo sexo? ¿Es discriminatorio no llamar matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo?

Aurelio Fernández hace una acotación muy sencilla pero bastante explicativa al respecto. Como él asertivamente indica: “matrimonio es la palabra que empleamos para designar específicamente la unión estable entre un hombre y una mujer. Si la unión es entre dos hombres, o dos mujeres, ya no es matrimonio, sino otro fenómeno humano y social diferente. De igual forma una compraventa sin precio ya no es compraventa, sino donación; y decir que una donación no es una compraventa no es decir nada peyorativo para la donación, sino simplemente delimitar realidades sustancialmente distintas, acreedoras de

⁴² POLAINO-LORENTE, Aquilino. *Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual* Ediciones RIALP, 2da Edición, Madrid, 1998. p. 179-180

un tratamiento jurídico diferente. Pretender que una unión homosexual es matrimonio es algo así como pretender que una unión homosexual sea heterosexual: una contradicción en sus propios términos.”⁴³

En efecto, hay una distinción bastante obvia en una convivencia entre varón y mujer y entre dos hombres o dos mujeres. ¿Es entonces una distinción injusta? No es injusto negar aquello que no se debe por justicia. Si la justicia es dar a cada uno lo suyo, ¿le corresponde el matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo?

Son varios los autores que expresan desde distintos argumentos el por qué la negación del matrimonio a uniones del mismo sexo no deviene en un acto injusto, principalmente basados en la protección del matrimonio como institución fundamental de la sociedad y por ende de protección del bien común. Así por ejemplo Yuri Vega Mere menciona que: “Es innegable que históricamente, y especialmente en el proceso de formación sucesiva del modelo familiar occidental, la heterosexualidad ha sido y sigue siendo una nota señalativa inseparable de las uniones matrimoniales. Ello no tiene nada de sorprendente ni de discriminatorio.

Tal consideración obedece a razones de diversa naturaleza: (a) la instancia biológica; (b) la función reproductiva y acaso la función y complementación de los órganos genitales externos de hombre y mujer; (c) nuestro concepto (y convicción) sobre el afecto y el amor de la pareja; (d) nuestra cosmovisión en general; (e) la moral cristiana y antes de ella la historia misma del matrimonio y la unión heterosexual; (f) los valores la cultura occidental, aún en las fases de secularización y alejamiento de las concepciones teológicas; (g) las nociones sobre la sexualidad y los roles derivados de ella; (h) lo considerado como “normal” en la conciencia colectiva; etc.”⁴⁴

El interés que tiene el Estado de proteger el matrimonio y de regularlo surge fundamentalmente de la capacidad de procreación que tienen dichas

⁴³ Cfr. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro. Op. Cit. p. 41-42

⁴⁴ VEGA MERE, Yuri. “*Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*”. p. 60-61

uniones, relevancia que no es aplicable a las uniones entre personas del mismo sexo. La discriminación que alegan los homosexuales no es tal porque no hay situaciones iguales y la analogía no cabe en estos aspectos. No hay arbitrariedad, la razón de la diferencia radica en que las parejas homosexuales sólo pueden cumplir los deberes individuales que cumplen las parejas heterosexuales, pero no los sociales⁴⁵. Como se explicó en puntos anteriores, no corresponde al Estado otorgar beneficios a uniones basadas en sentimientos, sin un fin trascendental. Hemos de tener en cuenta que el amor no es legible. “Tal negativa no supone discriminación injusta alguna, pues la tendencia homosexual no encierra el mismo sentido personal y social que es propio del matrimonio heterosexual.”⁴⁶

Existen razones de orden sociológico, histórico, demográfico y de bien común que justifican el hecho de que la celebración del matrimonio sea entre personas de distinto sexo y eso no afecta los derechos de la personalidad de los homosexuales, pues la institución matrimonial no trata simplemente de atender a los intereses privados de los individuos o al desarrollo de su personalidad, sino de regular actos que trascienden la esfera de la intimidad porque se relacionan con la organización de la sociedad⁴⁷.

Se señala con frecuencia que la discriminación efectuada por parte del Estado es por razón de orientación sexual, es decir, se plantea que no se les permite contraer matrimonio por el hecho de ser homosexuales, pero ¿están injustamente discriminados los homosexuales por el hecho de no poder casarse entre sí? Al respecto MARTINEZ precisa que: “una persona homosexual puede contraer matrimonio con las mismas personas y en las mismas condiciones que una persona heterosexual: es decir, con una mujer (si es varón) o con un varón (si es mujer). Sería discriminatorio que al homosexual se le impidiera radicalmente contraer matrimonio, con

⁴⁵ Cfr. BALMACEDA QUIROZ, Justo. Op. Cit, p. 192-193

⁴⁶ FERNANDEZ, Aurelio. *“Matrimonio de homosexuales. Una contradicción”* Editorial Palabra, Madrid, 2005. p. 32-33

⁴⁷ Cfr. MEDINA, Graciela. *“Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio”*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 274

cualquier persona, por el hecho de ser homosexual. Pero no es así, puede casarse cuando quiera, pero con persona del otro sexo, como todos. Del mismo modo, sería discriminatorio que sólo a los homosexuales se les impidiera casarse con personas del mismo sexo; pero, en el sistema español derogado (vigente todavía en la inmensa mayoría de ordenamientos del mundo, incluidos los de nuestra cultura y tradición jurídica) ni unos ni otros (homosexuales y heterosexuales) podían casarse con personas del mismo sexo”.⁴⁸ En efecto, dicha explicación coincide con nuestro sistema jurídico en el que tampoco existe prohibición a los homosexuales de contraer matrimonio⁴⁹. Al parecer el asunto no está en “el impedimento a contraer matrimonio” como se quiere disfrazar la problemática, sino en “el impedimento de cambiar el concepto de matrimonio”, eso es lo que verdaderamente se pretende alcanzar. En este punto resulta apropiado recordar que el matrimonio en sí mismo no es un derecho (incluso es renunciable), de lo que sí podemos referirnos es del derecho a contraer matrimonio.

Pero no basta decir que la prohibición es aplicada por igual a todos los géneros sexuales, sino que hay que investigar si las razones dadas justifican la diferenciación. El meollo de la cuestión planteada no es tanto la igual aplicación de la prohibición sino saber si tal prohibición es arbitraria o razonable. En esa línea cabe señalar que también se ha argumentado que la imposibilidad de los homosexuales para contraer matrimonio con personas de su mismo sexo constituye una discriminación análoga a la que fueron víctimas las personas de raza negra muchos años atrás con la prohibición del matrimonio entre personas de distintas razas. Sin embargo, al analizar la razonabilidad de ambas prohibiciones se puede verificar la diferencia.

⁴⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro. Op. Cit. p. 82

⁴⁹ “Los homosexuales tienen derecho a casarse con un ser de otro género; es decir: no es que no tengan derecho a contraer matrimonio, sino que pueden hacerlo pero con alguno de su sexo contrario, y que esta regla rige para todos”. MEDINA, Graciela. “*Los Homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*”. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires. p. 234

La prohibición del casamiento interracial estaba fundada en la doctrina de la “supremacía blanca”, en la necesidad de preservar “la integridad racial de los ciudadanos” y evitar la “corrupción de la sangre”. Evidentemente estos argumentos eran irrazonables, y encerraban la noción de que una raza era superior a otra; por eso la prohibición del matrimonio interracial fue declarada inconstitucional.

Esta doctrina no se puede aplicar analógicamente al casamiento homosexual porque en ningún momento se ha dicho que un género sea superior o inferior a otro. Las leyes que prohibían los matrimonios interraciales separaban las razas; mientras que las leyes que proclaman el matrimonio como unión heterosexual integra los géneros, dan igual participación al hombre y a la mujer en la institución del matrimonio. Jamás se ha sostenido que los heterosexuales sean superiores a los homosexuales. Lo que ocurre es que la diferencia racial no obstaculiza los fines del matrimonio mientras que la igualdad sexual sí lo hace.

Eso nos permite evidenciar que quienes invocan este precedente para aplicarlo a los matrimonios entre personas de igual sexo intentan hacer una aplicación política del caso y no una aplicación jurídica; como las causas que dieron origen a esa prohibición fueron odiosas e inaceptables, la mención de ellas a otro supuesto al que se quiere vincular por analogía produce simpatías con el caso que se quiere asemejar. Lo que pretenden es decir que así como la raza es un factor irrelevante para el matrimonio, el sexo también es irrelevante para contraer matrimonio. Pero como ya se ha analizado, la diferencia sexual no es irrelevante para el matrimonio, sino que es fundamental para su finalidad⁵⁰.

3.2.3. Las reformas en el derecho comparado

Del estudio del Derecho Comparado se puede advertir que la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo se plantea por dos vías

⁵⁰ Cfr. MEDINA, Graciela. Op cit. p. 251-252

diferentes⁵¹: reformas legislativas o planteo de inconstitucionalidad de las leyes en vía judicial. Las reformas legislativas han sido el camino seguido

⁵¹ Esta es la lista de países que permite a sus ciudadanos casarse con personas de su mismo sexo:

Holanda: En septiembre 2000, se convirtió en el primer país del mundo en legalizar los matrimonios entre personas del mismo sexo. La ley holandesa entró en vigor el 1 de abril de 2001. También a las parejas se les permite adoptar.

Bélgica: Se convirtió el 1 de junio de 2003 en el segundo país europeo que autorizó las bodas entre personas homosexuales. En 2006 obtuvieron el derecho a la adopción.

España: En julio de 2005, el gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero reformó el código Civil para permitir a las personas del mismo sexo casarse. En noviembre de 2011, el Tribunal constitucional, ante un recurso del PP, resolvió que la unión entre dos personas del mismo sexo es un «matrimonio».

Canadá: El 29 de junio de 2005 el Parlamento canadiense aprobó la ley de matrimonio homosexual, aunque la mayoría de las regiones canadienses ya permitía los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Sudáfrica: El Tribunal Constitucional dictaminó en diciembre de 2005 que no se ajustaba a derecho excluir a los homosexuales de los beneficios legales del matrimonio y dio un plazo de un año para permitir el casamiento de personas del mismo sexo. El Parlamento del país aprobó los matrimonios homosexuales en noviembre de 2006.

Noruega: En junio de 2008 se aprobó la ley que estableció el «derecho», pero no la obligación, de la Iglesia Nacional Luterana, y de cualquier otra comunidad religiosa autorizada en Noruega, a casar a parejas homosexuales. La reglamentación permite también la adopción a las parejas de homosexuales en igualdad de condiciones con las de heterosexuales; y la conversión automática de las parejas homosexuales de hecho en matrimonios.

Suecia: La ley que permitió que las parejas del mismo sexo se casasen entró en vigor el 1 de mayo de 2009, y sustituyó a una de las leyes de parejas de hecho más antiguas de Europa. En el país nórdico la igualdad de derechos era casi absoluta desde 1995.

Portugal: En junio de 2010 entró en vigor la ley que permite a dos personas del mismo sexo casarse, aunque no reconoce el derecho de adopción.

Islandia: El Althingi (Parlamento islandés) aprobó el 11 de junio de 2010 por 49 votos a favor y ninguno en contra una ley que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo. La ley del «matrimonio neutral» significó el fin de la normativa sobre parejas de hecho, que estaba vigente desde 1996.

Argentina: El 15 de julio de 2010 Argentina se convirtió en el primer país de América Latina en legalizar el matrimonio gay. El Senado argentino aprobó, por un apretado margen (33 votos a favor, frente a 27 en contra y 3 abstenciones) el proyecto de ley que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Dinamarca: El 7 de junio de 2012, el Parlamento danés aprobó una ley que permite los matrimonios homosexuales en las iglesias luteranas. En la norma se contempla que un pastor se pueda negar a officiar una ceremonia de estas características.

Uruguay: La Cámara de Diputados uruguaya refrendó el 11 de abril de 2013 el proyecto de ley aprobado en el Senado para autorizar el matrimonio homosexual en el país, que se convierte así en el segundo de América Latina por detrás de Argentina.

Nueva Zelanda: Nueva Zelanda se convirtió el 17 de abril de 2013 en el primer país de la región de Asia Pacífico, en legalizar el matrimonio homosexual. La nueva ley que modifica la legislación que regía el matrimonio en este país desde 1955 fue aprobada por la Cámara de Diputados un poco más de un cuarto de siglo después de la despenalización de la homosexualidad en 1986. Nueva Zelanda autorizaba ya las uniones civiles desde 2005.

En Estados Unidos los matrimonios homosexuales están autorizados en los estados de Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire, Nueva York, Maryland, Washington y Maine, además del distrito de Columbia, al que pertenece Washington, la

por los países del sistema del Derecho continental europeo, mientras que en los países del *case law* se observa que la estrategia de los grupos homosexuales es denunciar la inconstitucionalidad de las leyes que les prohíben casarse, y eso en algunos casos, ha provocado consecuentes reformas legislativas.

3.2.3.1 Sobre la reciente redefinición del matrimonio en Francia

En Francia, el 15 de noviembre de 1999 se dictó la ley 99-944 que incorporó al Libro Primero del Código Civil francés un título XII denominado "Del Pacto Civil de Solidaridad y del Concubinato".

Según lo señala la ley, el Pacto Civil de Solidaridad (en adelante PACS) es un "contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de diferente o de igual sexo, para organizar su vida en común"⁵². Además se da una nueva definición de concubinato que incluye también a parejas del mismo sexo: "El concubinato es una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas de diferente o del mismo sexo, que viven en pareja"⁵³.

Aunque dirigido a la pareja, pueden utilizarlo también dos personas entre las que no existan relaciones sexuales, pero no pueden establecerlo entre sí personas ligadas por lazos de parentesco próximo (padres con hijos, hermanos y hermanas, tíos y sobrinos...).

El PACS, con la convención establecida entre las partes, se registra en el juzgado⁵⁴, concluye por la muerte o matrimonio de una de las partes, por mutuo acuerdo o por ruptura unilateral. El PACS otorga los siguientes derechos: a efectos fiscales, a partir del tercer año los integrantes pueden hacer declaración conjunta de la renta; se aplican tarifas menores en los impuestos sobre donaciones (al cabo de dos

capital del país. Este tipo de bodas, en cambio, han sido prohibidas en una treintena de estados de los EEUU.

⁵² Artículo 515-1. Código Civil francés.

⁵³ Artículo 515-8 Código Civil francés.

⁵⁴ Al principio se había pensado que se celebrara, como el matrimonio, en el Ayuntamiento. Pero 18.000 alcaldes firmaron una declaración en la que advertían que se negarían a acatar tal disposición, para defender el "matrimonio republicano"

años) y en los derechos de sucesión; en caso de abandono de domicilio o muerte, la otra parte puede subrogarse en el contrato de alquiler de vivienda (aunque el texto no obliga a las partes a vivir bajo el mismo techo para organizar su vida en común). En cuanto a las prestaciones sociales, si una persona no tiene seguro social puede beneficiarse del de su pareja. Pero, por vivir en pareja, se pierden ciertos derechos pensados para las personas solas (subsidios de viudedad, por familia monoparental y pensión de separación). Las empresas deben tener en cuenta las posibilidades de la pareja al distribuir los periodos de vacaciones, y la administración en los traslados de funcionarios.

Los firmantes se obligan a prestarse "ayuda mutua y material", cuyas modalidades se estipulan en el pacto. Responden "solidariamente" de las deudas contraídas para las necesidades de "la vida corriente" y para los gastos relativos a la "vivienda común", quienes viven en concubinato no asumen esta obligación.

Cuando uno de los firmantes es extranjero, el PACS no mejora apenas su situación para obtener el permiso de residencia, sólo representa un signo más entre otros para apreciar sus lazos personales en Francia. Además, no está relacionado con el derecho a acceder a la procreación asistida ni a la adopción.

A pesar de los beneficios otorgados por el PACS y el concubinato, la solución propuesta no satisfacía por completo las demandas de los grupos homosexuales, que solicitaban la protección del modelo de convivencia homosexual al margen de la institución matrimonial o incluso a través del matrimonio mismo.

El 28 de Enero de 2011, tras una "petición prioritaria de constitucionalidad" efectuada por Corinne C. y Sophie H. (quienes en ese entonces vivían en concubinato por aproximadamente 14 años), el Consejo Constitucional de Francia, decidió que la ilegalidad del

matrimonio homosexual (conforme el actual Derecho Francés) era conforme a la Carta Magna.

El Consejo Constitucional de Francia explicó que la vida familiar de las parejas del mismo sexo no se ve vulnerada porque sus miembros no puedan acceder a la institución matrimonial, ya que tienen a su disposición otras figuras legales que les permiten el desarrollo de la vida familiar, cuales son el concubinato y el PACS.

El máximo órgano constitucional francés consideró que no existía discriminación en la ley que establece que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer. Además señaló que debía ser el Parlamento quien modifique la norma si consideraba necesario legalizar ese tipo de uniones.

Y en efecto, así se procedió. El 7 de Noviembre de 2012, un proyecto de ley, que otorgaba a las parejas de personas del mismo sexo el derecho de matrimonio y adopción conjunta de niños, fue ingresado en la Asamblea Nacional por el gobierno socialista del Primer Ministro Jean-Marc Ayrault, con el apoyo del Presidente François Hollande⁵⁵, quien declaró su intención de apoyar la legislación durante su campaña a la presidencia.

Tras la presentación del proyecto de ley Francia se vio dividida entre quienes apoyaban y quienes estaban en contra de su aprobación, ambas partes realizaron multitudinarias manifestaciones en París.

En ese clima de tensión, y con la aprobación de ambas cámaras legislativas al proyecto de ley, el 23 de abril de 2013 oficialmente se legaliza el matrimonio para parejas del mismo sexo, y además se les permite la adopción de niños.

El 17 de Mayo de 2013, el Consejo dictaminó que la ley era constitucional y ese mismo día Hollande promulgó la ley, que fue oficialmente publicada al siguiente día en el Diario Oficial.

⁵⁵ Este texto legal era una de las 60 promesas electorales para cambiar Francia que había realizado François Hollande durante su campaña a la presidencia,

3.2.3.2. Latinoamérica encaminándose a la tendencia

Uruguay ha sido (hasta la fecha) el último país en América Latina que legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo, figura que fue aprobada por el Congreso y firmada por el presidente del país José Mujica.

En Brasil, el Consejo Nacional de Justicia legalizó ese tipo de enlace en Mayo del 2013, aunque aún no existe en dicho país ninguna legislación específica sobre el asunto varios activistas presionan para que se establezca claramente esa norma.

Argentina se convirtió en Julio de 2010 en el pionero en América Latina en habilitar por ley el matrimonio entre personas del mismo sexo, incluso la capital Buenos Aires, desde Mayo de 2012 permite las bodas entre homosexuales no residentes permanentes en la ciudad.

Por su parte, en Colombia el congreso rechazó en Abril de 2013 una iniciativa que buscaba la legalización del matrimonio homosexual, dejando vigente una figura que permite el enlace civil y reconoce ciertos derechos a la pareja, pero que no satisface a la comunidad LGBTI. Ante la decisión del congreso, la Corte Constitucional determinó el 20 de Junio de ese mismo año que las parejas del mismo sexo en Colombia pueden acudir ante jueces o notarios para constituirse como unión civil, pero no "matrimonio".

En Ecuador, en Agosto de 2013 Gabriela Correa y Pamela Troya pidieron cita para casarse en el Registro Civil de Quito, donde entregaron sus documentos y quedaron a la espera del turno de boda, a pesar de que la Constitución del país no prevé el matrimonio entre personas del mismo sexo. Con esta acción, colectivos de defensa del matrimonio igualitario emprendieron una campaña que busca conseguir la aceptación de las uniones homosexuales con plenos derechos.

Aunque en Costa Rica no es permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, el Congreso discute proyectos para darle

reconocimiento a una figura llamada "sociedad de convivencia", que permitiría a los homosexuales inscribirse en el registro público y gozar de derechos como herencia y acceso al crédito.

En Cuba, la diputada Mariela Castro, hija del presidente Raúl Castro, impulsa un anteproyecto de ley para modificar el Código de Familia y legalizar las uniones homosexuales, pero la iniciativa aún no ha logrado llegar al Parlamento aunque forma parte de un plan legislativo del Ministerio de Justicia.

La capital de México, un país federal, permite el matrimonio homosexual, mientras activistas presionan para que la medida sea aprobada en otros estados.

Las legislaciones de Chile, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Puerto Rico y Venezuela no contemplan el matrimonio homosexual⁵⁶.

Estando así el panorama, procedemos a analizar los cambios jurídicos más resaltantes hasta el momento, que son los sucedidos en Argentina, Uruguay y Brasil.

Argentina

El 12 de diciembre de 2002 se aprobó en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el proyecto de ley de unión civil presentado por la Comunidad Homosexual Argentina. De esta manera, Buenos Aires se convirtió en la primera jurisdicción de América Latina en legalizar la unión civil entre personas del mismo sexo.

La unión civil en Argentina fue aprobada por las autoridades locales de algunos distritos⁵⁷, y es una institución mediante la cual se le reconocen determinados efectos jurídicos a partir de su inscripción en un registro a la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual que hayan convivido

⁵⁶ <http://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/el-matrimonio-homosexual-se-abre-paso-en-america-latina-pese-reticencias>

⁵⁷ Además de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen ley de unión civil la provincia de Río Negro y las ciudades de Villa Carlos Paz y de Río Cuarto en la provincia de Córdoba.

en una relación de afectividad estable y pública durante al menos dos años.

Si bien la institución se concibió fundamentalmente para las parejas del mismo sexo, constituye también una opción válida para parejas heterosexuales.

La unión civil reconoce derechos sociales como incorporar a la pareja a la obra social, recibir una pensión de organismos que dependen del gobierno de la ciudad, solicitar créditos bancarios conjuntos y obtener licencia laboral en caso de enfermedad del concubino. Pero, a diferencia del matrimonio, la pareja conformada a partir de la unión civil no puede adoptar hijos o heredarse mutuamente en caso de muerte del compañero. Y tampoco se ve afectada la situación patrimonial de los contrayentes: en caso de una separación, no hay división de bienes como sucede tras un divorcio.

Para disolver esta relación, basta con que uno de los miembros de la pareja presente en el Registro Civil un pedido de disolución de la unión. No debe ser de mutuo acuerdo, ya que alcanza con la voluntad unilateral de alguno de los miembros para dar por finalizado el vínculo⁵⁸.

Por otra vía, desde 2007 fueron presentadas acciones de amparo en la Justicia, solicitando la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil en cuanto describían el matrimonio como unión heterosexual y por tanto “impedían el ejercicio del derecho al matrimonio” a las parejas del mismo sexo.

El primer amparo fue presentado por María Rachid, presidenta de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), junto con su pareja Claudia Castro. El recurso fue elevado a la Corte Suprema de Justicia, quien se pronunciaría a favor del mismo.

El 13 de noviembre de 2009, la jueza Gabriela Seijas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró inconstitucionales los artículos 172

⁵⁸ <http://www.lanacion.com.ar/1014938-la-union-civil-reconoce-derechos-del-matrimonio>

y 188 del Código Civil, en cuanto “limitaban el matrimonio a personas de distinto sexo”, y permitió que los peticionantes Alex Freyre y José María Di Bello pudieran casarse. La pareja obtuvo el turno para que el matrimonio se realice el día 1 de diciembre en un Registro Civil del barrio porteño de Palermo. Pero en el mismo día la jueza del Juzgado Nacional en lo Civil Martha Gómez Alsina decide dar lugar a una apelación realizada por la Corporación de Abogados Católicos, suspendiendo el amparo. Durante la jornada las autoridades del Registro Civil debatieron cuál de los dos fallos acatar y, junto con el Gobierno de la Ciudad, se definieron por suspender la boda.

Sin embargo, tras el decreto 2996/09 emitido por la gobernadora de la provincia Fabiana Ríos, quien acató el fallo de inconstitucionalidad emitido por la Jueza Gabriela Seijas. El 28 de diciembre de 2009 en la ciudad de Ushuaia en Tierra del Fuego se realizó el primer matrimonio civil entre personas del mismo sexo de Latinoamérica y el Caribe.

El 22 de febrero de 2010 la jueza de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Elena Liberatori, dio lugar al recurso presentado por Damián Ariel Bernath y Jorge Esteban Salazar Capón, para que se lleve a cabo su matrimonio en el Registro Civil de dicha ciudad.

El entonces cardenal Jorge Mario Bergoglio del Arzobispado de Buenos Aires así como la Corporación de Abogados Católicos impulsaron la apelación del fallo, y María del Carmen Gioco, fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, anunció que apelaría la sentencia. El recurso interpuesto por la fiscal fue rechazado por improcedente, por lo que finalmente el matrimonio se celebró el 3 de marzo de 2010, siendo el primer matrimonio entre personas del mismo sexo realizado en la Ciudad de Buenos Aires y el segundo celebrado en Argentina.

Se celebraron por esta vía en total 10 matrimonios, mientras se producía el debate de la ley.

Por su parte, el matrimonio entre personas del mismo sexo fue establecido a mediados de 2010. El debate sobre la Ley N° 26.618 que procuraba el matrimonio entre personas del mismo sexo comenzó en Argentina a partir de la campaña nacional por la igualdad jurídica lanzada por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, bajo la consigna «Los mismos derechos, con los mismos nombres». Se utilizó la expresión “matrimonio igualitario” para referirse a la pretendida reforma del Código Civil, porque según sus promotores se trataba de la búsqueda de la igualdad entre sus habitantes. Fue desde ahí desde donde empezó a ser frecuentemente utilizado el término para referirse al matrimonio entre personas del mismo sexo en otros países en donde se discutía o se discute, como Uruguay, Colombia, Chile o Brasil, masificándose el uso de dicha expresión.

Como sucede frecuentemente, uno de los temas que causaron mayor debate fue el relacionado al derecho a la adopción.

El 5 de mayo de 2010 la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción al proyecto, y en la madrugada del 15 de julio de 2010 se aprobó finalmente en el Senado de la Nación, con 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones. Así se convirtió en el primer país de Latinoamérica en aprobarlo a nivel nacional⁵⁹.

La aprobación de la Ley conllevó la modificación del Código Civil argentino en su libro I, sección segunda «De los derechos en las relaciones de familia», del libro II, sección tercera, título II, «De la sociedad conyugal» y de otras secciones del código. Se ha optado por reemplazar los términos “esposo” y “esposa”, “hombre” y “mujer”, “marido” y “mujer” por “cónyuges” o “contrayentes”, y con ello se ha

⁵⁹ El 30 de julio del 2010, en el registro civil de la ciudad de Frías, provincia de Santiago del Estero, se realizó el casamiento de José Luis David Navarro y Miguel Ángel Calefato, siendo el primer matrimonio igualitario realizado en el país bajo el amparo de la nueva ley 26.618. Argentina garantiza globalmente el matrimonio independientemente de la nacionalidad y condición de residencia. Así, el 23 de marzo de 2012, se oficializó el primer matrimonio del mismo sexo entre extranjeros en Argentina por parte de una pareja paraguaya.

hecho las modificaciones respectivas a fin de que lo prescrito por el Código se adecúe a las parejas del mismo sexo. El cambio más importante se dio sobre el artículo 172, que definía al matrimonio entre «hombre y mujer». A partir de esta ley se reemplazó por «contrayentes» y se agregó: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Tras la modificación el Artículo 172º del Código Civil de la República Argentina prescribe: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.

Esto implicó también la adopción, ya que el artículo 312, que señala que “nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges” no se modificó. En el artículo 326, que trata sobre el apellido de los hijos adoptivos, hace una aclaración para cuando se trata de padres de distinto o de mismo sexo.

También se modificaron artículos de la ley 26.41350 sobre inscripción de nacimientos, y la 18.24851 sobre los nombres y apellidos de las personas.

Uruguay

El primer paso en la República Oriental del Uruguay fue legalizar la unión civil para parejas del mismo sexo desde el 1 de Enero de 2008. Así se convirtió en el primer país latinoamericano que aprobó a nivel nacional el reconocimiento oficial de uniones entre personas del

mismo sexo, aunque sin derecho a adopción de menores, ni otras garantías que comparten los matrimonios heterosexuales.

Para entrar en una unión civil, una pareja debe compartir una residencia por lo menos cinco años. La ley contempla la creación de un registro donde podrán inscribirse parejas de cualquier orientación sexual. Dicha ley otorgó a las parejas homosexuales la mayoría de los derechos y beneficios que los de un matrimonio heterosexual, incluidos los derechos sucesorios, impuestos, poder notarial, asistencia recíproca, creación de sociedad de bienes, pensiones por fallecimiento y otras cuestiones vinculadas con la seguridad social.

La senadora Margarita Percovich escribió la ley en 2007 y fue aprobada por las dos cámaras de la Asamblea General de Uruguay en ese mismo año, obteniendo 17 votos afirmativos y 5 negativos en el Senado y 40 votos afirmativos y 13 negativos en la Cámara de Diputados.

El 25 de Mayo de 2009 la Senadora Percovich anunció que si el Frente Amplio ganaba las elecciones presidenciales de dicho año, introduciría un proyecto de ley con el fin de permitir uniones matrimoniales sin distinción sexual. En octubre del mismo año el Frente Amplio ganó las elecciones con mayoría absoluta en las dos cámaras y su candidato José Mujica fue electo presidente tras imponerse en la segunda vuelta.

En julio de 2010, legisladores del oficialista Frente Amplio anunciaron que promoverían un proyecto de ley para habilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y así, en Abril de 2011 Sebastian Sabini del MPP que pertenece al Frente Amplio impulsó un proyecto de ley para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Tras un año y medio de discusión, el 6 de Diciembre de 2012, la Comisión de Constitución y Códigos aprobó por 8 votos a favor y 1 en contra el proyecto de Matrimonio Igualitario. El 12 de Diciembre de 2012, la ley recibió media sanción en el plenario de la cámara de representantes por 81 votos a favor, 6 en contra y 12 ausencias.

Entre los cambios más trascendentes que se le realizaron al proyecto destaca la edad mínima para el matrimonio de todas las personas por igual, que pasó a ser de 16 años, cuando hasta el momento de aprobación de la ley la normativa explicitaba que las niñas podían casarse a los 12 y los varones a los 14. Sin embargo, el punto más polémico del debate fue el tema de la filiación.

Finalmente el 2 de Abril de 2013 se votó en la cámara de Senadores dicho proyecto, estando todos los senadores presentes, hubo 23 votos afirmativos y 8 negativos, introduciendo modificaciones al proyecto aprobado en la Cámara de Representantes.

La ley fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 3 de Mayo, sin embargo por temas de reglamentación y la necesidad de corregir errores en el texto, se requirieron noventa días para su implementación.

Al igual que lo sucedido en Argentina, la Ley principalmente buscaba la reforma del Código Civil en los artículos referentes al matrimonio en los que se enunciaba a esposo y esposa, o varón y mujer como sus partes, lo cual se modificó a contrayentes, personas, etc. Así por ejemplo el Artículo 83 del Código Civil de Uruguay prescribe.- “El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo.

El matrimonio civil es obligatorio en todo el territorio del Estado, no reconociéndose, a partir del 21 de Julio de 1885, otro legítimo que el celebrado con arreglo a este Capítulo y con sujeción a las disposiciones establecidas en las leyes de Registro de Estado Civil y su reglamentación”.

Además el proyecto incluye otras reformas al Código Civil como la posibilidad de los padres elegir por mutuo acuerdo el orden de los apellidos de sus hijos, y la causal de divorcio por la “sola voluntad de cualquiera de los cónyuges”, derecho anteriormente reservado exclusivamente a la mujer.

Por otro lado, al posibilitar que las parejas del mismo sexo casadas puedan tener hijos por medio de las técnicas de reproducción asistida, la ley del "matrimonio igualitario" generó además la necesidad de modificar la Ley de Reproducción Asistida aprobada en 2012 por la Cámara de Representantes, que excluye a las parejas del mismo sexo.

Casi un año antes de la aprobación de la Ley de Matrimonio Igualitario, en Junio de 2012, se produjo el primer reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo en Uruguay. Un uruguayo y un español contrajeron matrimonio en España, tras lo cual decidieron validar su unión en Uruguay, presentando en 2011 un pedido de reconocimiento de la unión.

El fallo de primera instancia fue rechazado por un magistrado por "violentar el orden público internacional", es decir, las bases que fundan la individualidad jurídica del Estado uruguayo. La pareja apeló la resolución y un Tribunal de Apelaciones de Familia estableció que los matrimonios extranjeros de personas del mismo sexo no contravienen el orden público internacional del Estado uruguayo, asignando otra magistrada para revisar el caso.

La jueza María Cristina Crespo falló a favor de la validación de dicha unión dada la aplicación extensiva de los preceptos del Código Civil, la Ley de Unión Concubinaria y la Ley de Identidad de Género, lo cual implica el reconocimiento por parte del Poder Judicial de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero.

El 26 de junio de 2012 una fiscal interpuso el recurso de apelación contra el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en Uruguay argumentando que éste tipo de uniones son inválidas en Uruguay. La magistrada actuante en el caso desestimó la apelación al concluir que el recurso fue presentado fuera del plazo legal por lo que la decisión original de reconocer este matrimonio en una primera instancia quedó firme.

En su resolución, la magistrada Crespo concluyó que la legislación uruguaya ya "habilita el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque no lo diga expresamente". También consideró que la heterosexualidad como uno de los requisitos que rige y regula el matrimonio "está fuertemente debilitada". Así, a juicio de Crespo, "la mera interpretación" de la ley de identidad de género vigente desde 2009 y que establece que una persona puede cambiar de nombre y género rectificando toda su documentación, permite que quien realiza ese trámite pueda comparecer y contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo".

La magistrada también citó lo que prevé el artículo 2.395 del Código Civil de Uruguay que establece "con meridiana claridad que la ley del lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo y la forma, existencia y validez del acto matrimonial".

En cuanto a la adopción, desde la reforma del Código de la Niñez y Adolescencia de 2004, las parejas del mismo sexo pueden adoptar siempre y cuando uno de los integrantes lo haga como soltero.

Desde Setiembre de 2009, parejas del mismo sexo unidas mediante una unión civil pueden adoptar en forma conjunta. Uruguay fue el primer país en América Latina en permitir que parejas del mismo sexo adopten niños.

Con la modificación del Código Civil a razón de la ley de Matrimonio Igualitario, aunque no se autoriza que los homosexuales puedan adoptar tampoco lo prohíbe, por lo que se interpretó que la norma habilitó el camino para que los homosexuales puedan hacerse cargo de un niño.

Brasil

El 14 de Mayo de 2013, con 14 votos contra 1, el Consejo Nacional de Justicia de Brasil aprobó una resolución que legaliza el casamiento

entre personas del mismo sexo en todo el territorio brasileño. Así, se obligó a los registros civiles de todo el país a adoptar un único criterio y convertir la unión estable entre dos personas del mismo sexo, legal en el país, en un matrimonio si así es solicitado y no podrán negarse a casar a parejas de homosexuales. Varias parejas así lo solicitaron en la Justicia y obtuvieron fallos favorables.

Anteriormente, el Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil se pronunció, en Mayo de 2011, a favor del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir una "unión estable". La unión estable, que hasta el fallo del STF sólo era permitida a las parejas heterosexuales, reconoce a las parejas los mismos derechos económicos y sociales que los otorgados en las relaciones heterosexuales, pero no reconoce el estatus de casados ni garantiza que el ejercicio de esos derechos sea automático.

Un mes después, el 27 de Junio de 2011, un juez en el Estado de São Paulo convirtió una unión estable en un matrimonio, de acuerdo con el artículo 226 de la Constitución⁶⁰, que prevé esa posibilidad. Al permitir las "uniones estables", el STF había así abierto la puerta al casamiento civil.

Hasta ese momento el matrimonio igualitario estaba vigente en 13 de los 26 estados brasileños más el Distrito Federal.

Con esa decisión Brasil pasó a ser el tercer país latinoamericano en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. El 1 de Enero de 2012, en Alagoas, la Corregedoria Geral da Justiça dictó una reglamentación para que la sentencia del Supremo Tribunal Federal se aplique automáticamente en todo el Estado. Por otra parte, el Superior Tribunal de Justicia, también en 2011, falló a favor de una pareja de dos mujeres de Porto Alegre que reclamaban por su derecho a casarse. Sin embargo, al no existir una legislación federal que legalice este tipo de matrimonio, cada caso depende de una decisión judicial.

⁶⁰ Dicho artículo establece que el Estado debe permitir la "conversión" de las uniones estables en casamiento civil.

El gobierno local emitió una orden que permite tramitar ante notario las peticiones de matrimonio a las parejas homosexuales, sin necesidad de una resolución judicial. El primer Estado en reconocer el matrimonio igualitario fue Alagoas en 2012, también Sergipe, Espírito Santo, Bahía, Brasília, Piauí, São Paulo y en Ceará (todos en 2012) y durante el 2013 se extendió a Paraná, Río de Janeiro, Rondonia, Mato Grosso del Sur, Santa Catarina y Paraíba.

3.2.3.3. ¿Un avance?

En derecho una cosa son problemas patrimoniales y otra los matrimoniales familiares. Éstos últimos, por su naturaleza, suponen también problemas patrimoniales, pero no funciona igual a la inversa. Si de lo que se trata es de lo primero, no viene al caso discutir ni de sexualidad ni de familia. Lo patrimonial puede resolverse en sede propia adecuando la legislación sobre sucesiones para evitar que personas que no lo merecen se hagan injustamente de masas hereditarias.

No podemos hablar de una sociedad “más justa” o “más igualitaria” sólo por el hecho de que en teoría, se ha “otorgado” derechos a quienes en realidad, como analizamos previamente, no les corresponde. De hecho sucede todo lo contrario cuando se trastoca instituciones fundamentales como la familia y el matrimonio. Si la mayoría de ordenamientos jurídicos latinoamericanos reconocen a dichas instituciones como pilares de la sociedad y se está permitiendo llevar dichos institutos hasta el punto de no reconocer más su contenido no podríamos sino hablar de un grave retroceso.

En los últimos años, los países de Latinoamérica se ven más motivados a ser el que tenga la legislación más “avanzada” de Latinoamérica en lo que respecta a las agendas políticas de derechos sexuales y reproductivos, que en detenerse a cuestionar la constitucionalidad de

las nuevas leyes que aprueban, o las consecuencias sociales en las que repercutirán sobre las futuras generaciones.

La tendencia que tienen los ordenamientos Latinoamericanos de reproducir normas del continente europeo, bajo la idea de que estos siempre se encuentran “un paso adelante”, muchas veces pasa por alto el hecho de que en dichas sociedades se dan “por adelantado” las consecuencias sociales de las decisiones parlamentarias tomadas décadas atrás, cuando se creía (como ahora sucede en Latinoamérica) que se estaba viviendo una “evolución” en el plano jurídico.

Situaciones como las que atraviesan países del continente, en los cuáles la tasa de natalidad ha descendido a niveles alarmantes, son la mayor evidencia de que el defender la “libertad” de manera ilimitada y mal entendida, perjudica la sociedad. No está de más pues la identificación de “piedra angular” (tal vez dígase metafórica) que reciben la familia y el matrimonio pues como consecuencia de una modificación o destrucción, todo lo que se cimentó sobre dichas bases, se viene abajo.

3.2.4. La pretendida reforma en el Perú

No resultaba difícil predecir que la ideología a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, llegaría a nuestro país, quizás incluso mucho antes de lo que se esperaba y causando más polémica de la que se pensó, pero definitivamente, y como sucede en los países vecinos, vino para quedarse.

La introducción de esta ideología tomó forma de proyecto de ley. Un primer intento de reglamentar las uniones entre personas del mismo sexo fue el proyecto de Ley N°3814- 2009- “Proyecto de Ley del Patrimonio Compartido” presentado por el congresista Carlos Bruce Montes de Oca, seguido por el Proyecto de Ley N°4181-2010- “Proyecto de Ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo” presentado por el

congresista José Augusto Vargas Fernández, ambos no tuvieron mayor consideración, ni fueron debatidos.

Sin embargo, fue en el 2013 que un Proyecto de Ley captó no solo la atención de políticos y juristas, sino que generó una ola de opiniones de gran parte de la población, muchas de las cuales no necesariamente armonizan con el verdadero concepto de justicia y los lineamientos del derecho, olvidando que no basta una particular afinidad con los homosexuales para que dicha ley se configure legalmente dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Cabe en ese sentido citar a MARTINEZ DE AGUIRRE que manifiesta que corregir, reformar o derogar las leyes es tarea del legislador y no del intérprete (y en ese sentido cabe tener en cuenta que hay interpretaciones probables, seguras, erradas). Pero no solo la actividad del intérprete tiene límites, también los tiene el legislador. La ley no es solo una decisión del legislador, sino también una ordenación de la razón.

Por otro lado, el problema de la constitucionalidad de las leyes no recae en ser “partidario” o no de sus planteamientos, porque entonces sobraría la constitución. El problema es el de la adecuación de la ley a la Constitución. El análisis técnico es posible, útil y necesario. Desechar las conclusiones de dicho análisis y recurrir al clásico argumento de decir que quien las ha obtenido es o no es “partidario” de aquello que se discute es una actitud intelectualmente paupérrima, que muchas veces intenta ocultar la pobreza argumental bajo la capa de la ideología⁶¹.

3.2.4.1. Proyecto de ley que establece las uniones civiles entre personas del mismo sexo.

El 12 de Setiembre del 2013, el legislador Carlos Bruce presentó el proyecto de ley N° 2647/ 2013-CR : Unión Civil No Matrimonial. Según la propuesta sus integrantes (denominados compañeros civiles) podrían formar sociedades gananciales, salvo que acuerden lo contrario. Además recibir el mismo tratamiento y tener los mismos

⁶¹ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. Op. Cit. p. 13-15

derechos que un pariente de primer grado, visitar a sus parejas cuando estas se encuentren internadas en un hospital o un centro penitenciario; tomar decisiones para el inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencia; recibir alimentos de sus compañeros y en el caso de que sean extranjeros adquirir la nacionalidad peruana luego de dos años de haber celebrado la unión civil.

La iniciativa también señala que si uno de los firmantes de la unión civil fallece, el otro podrá heredar la propiedad o bienes que este o los dos hayan adquirido. Y en lo que se refiere a la seguridad social, si uno de los compañeros civiles no tuviese cobertura médica pública o privada, podría ser inscrito como beneficiario por su pareja para que goce de los beneficios a los que el titular tenga derecho. Esto incluye los seguros en EsSalud y EPS, la pensión de invalidez de EsSalud, las pensiones de sobrevivencia en las AFP, el régimen mancomunado de jubilación en la ONP y la pensión de viudez en la ONP.

La unión civil, según el proyecto de Bruce, deberá ser inscrita en la Reniec y se deberá cambiar el estado civil del DNI. Con ello, se crearía un quinto estado civil: compañero civil.

Sin embargo, como se señaló antes, el análisis técnico resulta válido y necesario y es lo que en la presente investigación se procederá a realizar.

En primer lugar cabe fijarse en la definición imprecisa que otorga el proyecto respecto a qué es la Unión Civil No Matrimonial: "(...) unión voluntaria conformada por dos personas del mismo sexo con el fin de establecer y garantizar derechos y deberes, el uno para con el otro, dispuestos en la presente Ley." Tal como se evidencia en la fórmula legal, la definición del concepto que la propuesta pretende crear, no proporciona notas características que permitan identificarlo y limitarlo. Así, pareciera que la homosexualidad no es un requisito para su conformación, en tanto que no se menciona ningún carácter sexual en el concepto. Probablemente por el hecho (y en esto coincidimos)

de que el carácter sexual de las uniones entre personas del mismo sexo no genera ningún fin familiar, a diferencia de lo que sí sucede con las uniones de hecho y evidentemente, en el matrimonio.

En repetidas ocasiones, los defensores del proyecto de Ley han señalado que no se trata de regular un matrimonio homosexual⁶², sino que buscan un trato igualitario para dichas parejas, similar a lo que en su momento sucedió con las uniones de hecho cuando se convirtieron en destinatarios de la tutela legal. En teoría este Proyecto de Ley tiene como principal objetivo, crear una institución jurídica diferente del matrimonio civil y de la unión de hecho, otorgándole derechos y deberes a las parejas homosexuales de acuerdo a sus particularidades. Su principal promotor, en más de una oportunidad y en diferentes medios, se ha esmerado en señalar que su propuesta no afecta en modo alguno al matrimonio y a la familia, pues lo que pretende es resguardar los intereses patrimoniales y sucesorios de las parejas del mismo sexo. En esta línea la única modificación legislativa sería la referida al artículo 816º del Código Civil, incluyendo como heredero del tercer orden al denominado “compañero civil”. Sin embargo, de un análisis detenido al proyecto queda claro que al margen de la denominación que se le dé a la figura, lo que se hace y pretende en el fondo es dar categoría de “familia” a la Unión Civil No Matrimonial, para lo cual se trasladan a dicha figura gran parte de las instituciones y regulación (no sólo de índole patrimonial) propias del derecho de familia y, en particular, del matrimonio civil.

Al realizar una comparación entre el proyecto de ley y la legislación vigente, resulta evidente que el primero ha tomado los caracteres tanto del matrimonio como de las uniones de hecho que a su criterio

⁶² Es evidente que la frase “no matrimonial” no es una mera casualidad, sino que se ha empleado con la intención de no afectar la sensibilidad de los grupos religiosos y demás opositores que reconocen la afectación que la creación de esta nueva figura significaría para el matrimonio.

le resultan más ventajosas, creando un híbrido al que han llamado unión civil no matrimonial⁶³.

En repetidas ocasiones el Proyecto hace mención al momento de la “celebración” de la unión civil⁶⁴ como si se tratase de la celebración de un matrimonio, cuando ni siquiera las uniones de hecho tienen celebración sino que éstas se formalizan únicamente mediante la inscripción en el Registro.

Algo similar se observa en el Art. 4, literal “a” del Proyecto, que se pronuncia sobre el derecho de formar una sociedad de gananciales a partir del momento en que se inscribe la declaración de unión civil⁶⁵, situación que no ocurre ni con las Uniones de Hecho, pues estas últimas dan lugar a una comunidad de bienes y recurren a las normas de sociedad de gananciales únicamente en los extremos que le sean aplicables. No se ha tenido en cuenta que la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales no permite, de forma alguna, que dicho régimen patrimonial se derive como consecuencia de cualquier relación afectiva que no se equipara ni en los aspectos más esenciales al matrimonio. La sociedad de gananciales es una institución pensada única y exclusivamente para el matrimonio y solo en lo que sea aplicable para las uniones de hecho.

Dadas las enormes similitudes existentes entre la regulación actual del matrimonio civil y la regulación propuesta para la Unión Civil No Matrimonial (de los 10 artículos que contiene el Proyecto de Ley, la mitad están referidos a regulaciones propias del matrimonio civil) no es exagerado sostener que la figura jurídica que se pretende

⁶³ El estudio completo de la comparación del proyecto de ley con la legislación vigente se encuentra en OLIVOS CELIS, Milagros. “*Algunas consideraciones sobre la técnica legislativa en cuestiones de Derecho de Familia: Una especial referencia a la propuesta de regulación del matrimonio homosexual*” en Revista IUS N°7. Año IV. En Prensa.

⁶⁴ Cfr. Art. 4 literal b numeral 6, Art. 6 literal h y k, Art. 7 (primer párrafo).

⁶⁵ Cfr. Art. 4 literal a.- Los integrantes de la unión civil no matrimonial tienen derecho a: a. Formar sociedad de gananciales a partir del momento en que se inscribe la declaración, salvo pacto expreso en contrario, en cuyo caso, se registra la separación de patrimonios ante notario y se agrega en el registro en el momento de la celebración de la unión civil no matrimonial.

implementar termina siendo (más allá de eufemismos o de la denominación políticamente aceptable que se le quiera dar) no solo un nuevo “modelo de familia” sino que en el fondo termina siendo un matrimonio entre personas del mismo sexo. Es sencillo concluir que el verdadero propósito de esta propuesta legislativa no es nada menos que una profunda transformación, desde sus bases, de lo que se entiende por matrimonio y familia en el Perú; en otras palabras, un profundo cambio de paradigma social por la vía de la deconstrucción de las instituciones antes mencionadas⁶⁶.

Por otro lado, en ninguna parte del proyecto (además del enunciado como supuesto “fin” de la unión civil no matrimonial) se encuentra el reconocimiento expreso de los deberes que le corresponden. Mucho menos se aprecia algún indicio de los deberes esenciales que emanan del matrimonio (lo que sorprende considerando que en cuanto a los derechos sí se busca la equiparación) como son la unidad, la exclusividad y la permanencia, de hecho del análisis del proyecto se observa que se desarrolla enfocado a todo lo contrario. Hasta en el caso de las Uniones de Hecho las parejas tienen efectivamente la posibilidad (y responsabilidad) de alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, tal como lo reconoce el Art. 326 del Código Civil⁶⁷.

Del listado de derechos cabe hacerse la pregunta ¿no los tienen ya? ¿Es necesaria una ley específica que enliste y otorgue dichos derechos exclusivamente a parejas homosexuales? ¿Es necesario “crear” una institución jurídica?

Muchos de los efectos beneficiosos que menciona el proyecto se pueden solucionar por la vía privada. Si una pareja de homosexuales

⁶⁶ Cfr. “*Opinión técnica sobre el Proyecto de ley referida a la Unión Civil no Matrimonial*”. Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014. p. 16-17

⁶⁷ Cfr. Art. 326 del CC.- “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.”

desea compartir parte o la totalidad de su patrimonio, puede disponer de éste a favor de su compañero haciendo uso de las normas que regulan el régimen de las obligaciones y/o de los contratos que actualmente rigen en el ordenamiento. Coincidente en este punto es la opinión de RODRÍGUEZ ITURRI: “Es claro que nada impide a las parejas homosexuales celebrar pactos, establecer la obligación de compartir bienes y ganancias, y hasta derechos sucesorios, por lo que no existe la necesidad de asemejarse al matrimonio para proteger sus derechos patrimoniales⁶⁸. De esta manera queda claro que en caso de existir una relación afectiva, independientemente de los sujetos que la conformen, en la cual deseen celebrar contratos, compartir la propiedad, establecer un régimen patrimonial común, o disponer de derechos sucesorios no necesitan crear una institución jurídica nueva, sino bastará únicamente con recurrir a la normativa vigente. Para ello será suficiente revisar las normas sobre obligaciones⁶⁹, contratos⁷⁰ y derecho de propiedad^{71 72}.”

El artículo 4 inciso b. del proyecto en cuestión prescribe que: “Los compañeros civiles recibirán el mismo tratamiento y tendrán los

⁶⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. *“El derecho a amar y el derecho a morir”* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 66 y ss. en OLIVOS CELIS, Milagros. Op. Cit. En Prensa.

⁶⁹ En el régimen legal de las obligaciones generales existe la posibilidad de asumir obligaciones mancomunadas y solidarias reconocidas en los arts. 1182° y ss. del Código Civil. Más todavía en correlación con esta norma el Sistema Financiero permite la apertura de cuentas bancarias individuales y mancomunadas.

⁷⁰ El Art. 2 inc. 14 de la Constitución Política del Perú reconoce que todas las personas tienen derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. De manera complementaria, el art. 62 del mismo cuerpo legal expresamente reconoce “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)”.

⁷¹ Sobre los derechos de propiedad de los homosexuales que aparentemente no estarían protegidos cabe citar el Art. 899° en el que se establece el régimen de Coposesión y el Art. 969° que regula la copropiedad; en virtud de los cuales expresamente se señala que “existe coposesión cuando dos o más personas poseen un mismo bien conjuntamente” y que “hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”, respectivamente. Más aún el Art. 970° reconoce que “Las cuotas de los propietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario. El concurso de los copropietarios, tanto en los beneficios como en las cargas, está en proporción a sus cuotas respectivas.”

⁷² Cfr. OLIVOS CELIS, Milagros. Op. Cit. En prensa.

mismos derechos que un pariente de primer grado en los siguientes casos:

1. Visitas a hospitales, centros médicos y cualquier establecimiento de salud. (...)”

Resulta innecesario reclamar la tutela de este derecho, en tanto dichas visitas, según la legislación vigente, no tienen mayores restricciones, y menos por la orientación sexual. En algunos centros de salud, especialmente aquellos que pertenecen al Estado, la única restricción radica en respetar un horario de visitas el cual está debidamente publicado en la entrada de dichos centros. El derecho a visitas se encuentra protegido independientemente de que se trate de parejas homosexuales o de parejas heterosexuales.

2. Toma de decisiones para el inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencia, en caso de que el otro integrante de la unión civil no pueda expresar su voluntad.

Sobre el particular, el Artículo 4 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud⁷³ señala que ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo, sin embargo expresamente exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia⁷⁴, independientemente se trate de parejas heterosexuales, o en cualquier otro tipo de uniones. Bajo estas

⁷³ Cfr. Art. 1 de la modificatoria contenida en la Ley N° 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, publicada el 30 de setiembre del 2009.

⁷⁴ Cfr. Art. 15.4.a.1 contenida en la Ley N° 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, publicada el 30 de setiembre del 2009 también exceptúa dicha posibilidad cuando se trata de situaciones de emergencia o de riesgo comprobado para la salud de terceros o salud pública. Literalmente la excepción se refiere en los siguientes términos: Toda persona tiene derecho a lo siguiente: (...) A otorgar consentimiento informado, libre y voluntario, sin que medie ningún mecanismo que vicie su voluntad, para el procedimiento o tratamiento de salud, en especial en las siguientes situaciones: a.1. En la oportunidad previa a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como su interrupción. Quedan exceptuadas del consentimiento informado las situaciones de emergencia, de riesgo debidamente comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública.

consideraciones la tutela de dicho derecho carece de fundamento jurídico alguno.

3. Visitas íntimas en centros penitenciarios, en caso de que el otro integrante de la unión civil se halle privado de su libertad.

Las visitas íntimas tienen como propósito fundamental coadyuvar en la consolidación de los cónyuges y de la familia. Sobre este aspecto, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido que “El Estado, al permitir y garantizar la visita íntima a los internos, coadyuva decisivamente en la consolidación de la familia en el proceso de resocialización del reo, este tipo de visitas “(...) son propicias y necesarias para fortalecer los vínculos de la pareja; pues una vez fortalecida la relación de pareja, se facilita la relación armónica con los hijos. (...)”⁷⁵

Este fundamento obedece al reconocimiento de la unidad y exclusividad de las parejas que integran un matrimonio, que aun cuando podrían ser asimilables a aquellas que ha formado una unión de hecho, jamás serán asimilables a aquellas que pretenden el reconocimiento de cualquier relación de afectividad. En este escenario, si el integrante de la unión civil no matrimonial carece de familia –salvo proceso de adopción que según el tenor del proyecto y de sus defensores no es lo requerido- sería un contrasentido reclamar este derecho.

6. Adquirir la nacionalidad peruana en caso de ser extranjero, luego de dos años de haber celebrado la unión civil no matrimonial con un ciudadano peruano.

El Artículo 3 de la Ley N° 26574, Ley de Nacionalidad permite que una persona extranjera pueda adquirir la nacionalidad peruana cumpliendo los requisitos que señala la misma ley: residir legalmente en el territorio de la República por lo menos dos años consecutivos, ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial; y

⁷⁵ Expediente N. ° 01575-2007-PHC/TC, F.J. 19

carecer de antecedentes penales, tener buena conducta y solvencia moral.

Por su parte el Proyecto de ley de Unión Civil No Matrimonial también exige el transcurso de tiempo de 02 años para su inscripción, por lo que la regulación a favor de adquirir la nacionalidad del compañero civil no resultaría más o menos eficiente de las ya existentes⁷⁶.

4. Recibir alimentos del otro integrante de la unión civil, de acuerdo a lo establecido por los artículos 472 y siguientes del Código Civil.

5. Derecho de habitación, vitalicio y gratuito sobre la casa en que existió el hogar doméstico, en caso de fallecimiento del otro integrante de la unión civil, aplicándose en lo que corresponda los art. 731 y 732 del Código Civil. (...)

7. En seguridad social, si uno de los integrantes de la unión civil no matrimonial no tuviera cobertura de seguridad social, podrá ser inscrito como beneficiario por su compañero doméstico para que goce de los beneficios a los que el titular tenga derecho. Esto incluye, de modo enunciativo más no limitativo: el acceso a atención de salud de la pareja en ESSALUD y EPS; la cobertura de seguros; la pensión de invalidez de ESSALUD; las pensiones de sobrevivencia de AFP; el régimen mancomunado de jubilación en ONP y la pensión de viudez en la ONP.

Sobre estos tres derechos tampoco es posible reconocer su tutela a favor de los integrantes de las uniones civiles no matrimoniales, toda vez que dichos derechos son consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial y por tanto no pueden ser predicables de cualquier relación de afectividad, sobre todo aquellas de carácter meramente sexual, temporal y no comprometida.

⁷⁶ Art. 3 de la Ley N° 26574, Ley de Nacionalidad.- “Son peruanos por naturalización: 1. Las personas extranjeras que expresan su voluntad de serlo y que cumplen con los siguientes requisitos: a) Residir legalmente en el territorio de la República por lo menos dos años consecutivos. b) Ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial. c) Carecer de antecedentes penales, tener buena conducta y solvencia moral.”

Así pues, tras el análisis al proyecto de ley, se observa que los mismos argumentos que sirven para afirmar que la unión civil no matrimonial no es lo mismo que el matrimonio sirven para decir que el Derecho no la debe tratar con una equivalencia total y otorgarle beneficios propios del matrimonio, y en todo caso, tampoco los de la unión de hecho.

Una de las mayores críticas que ha recibido el Proyecto corresponde a la pretendida creación de un nuevo estado civil: “compañero civil”, que deberá ser inscrito en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), lo que no sucede ni en el caso de la unión de hecho. Esta última, aun teniendo “apariencia” de matrimonio, no ha tenido tal privilegio, así pues una persona que ha registrado su unión de hecho sigue siendo de estado civil soltero. Puede evidenciarse aquí que la lógica no es precisamente un lineamiento con el que se ha realizado esta propuesta. Tanto del matrimonio como de la unión de hecho, más que crearse vínculo de parentesco, se generan derechos y deberes que le son inherentes y exclusivos; pero excluyentes de cualquier otra relación de afectividad⁷⁷.

Por otro lado cabe también analizar si el proyecto de ley responde verdaderamente a una necesidad social, según la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley “toda sociedad, incluida la peruana, tiene un porcentaje de personas lesbianas y gays y se estima entre el 4 y el 8%” lo que equivaldría a un aproximado de 1 millón 200 mil y 2 millones y medio del número de peruanos, quienes “en teoría” esperan y serían beneficiados con la aprobación de este proyecto. Sin embargo, cuando analizamos el derecho comparado, aún el de los países con ideologías “*open mind*” el número de matrimonios contraídos no ha superado (y por larga diferencia) al que se esperaba. Las cifras permiten aventurar otra conclusión: la discriminación y las injusticias que esta ley vendría a poner fin, o no existen en realidad, o

⁷⁷ Cfr. OLIVOS CELIS, Milagros. Op .Cit. En prensa.

no van tan agudamente sentidas por los afectados como se decía, sobre todo si se repara en que quienes estarían aquejados por ellas han decidido no hacer uso del instrumento que la ley les ofrece para evitarlas. Eso nos lleva a deducir que no existe una demanda social real, sino inducida artificiosamente.

Por otro lado, se habla mucho por parte de los grupos LGTB de que la finalidad del proyecto es alcanzar la tan ansiada protección para todos y por igual, sin embargo el proyecto no contempla dentro de sus alcances a los transexuales, pues como se sabe (y el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto), a pesar de que el cambio físico se haya producido, legalmente siguen siendo considerados por el sexo que les corresponde, es decir el de su nacimiento.

3.3.- LA PROTECCIÓN DEL MATRIMONIO FRENTE A LAS UNIONES DE HECHO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

3.3.1. Perspectiva garantista del matrimonio desde el argumento de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad

3.3.1.1. Alcances, contenido

El proyecto de ley de unión civil no matrimonial ha sido respaldado por el Ministerio de Justicia (MINJUS), el cual señaló como su primera conclusión que “el proyecto no solo resulta jurídicamente viable, sino que es representativo de una concreción esencial de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad y no discriminación”.

Como ya hemos analizado previamente, queda claro que no corresponde invocar la igualdad para reglamentar del mismo modo situaciones diferentes, de lo contrario la igualdad devendría en injusticia y eso es incongruente con su finalidad; además también se ha desmentido la supuesta “discriminación” hacia los homosexuales en temas de matrimonio y familia. En ese sentido, el MINJUS en su

Informe sobre el Proyecto de Unión Civil no Matrimonial, introduce un nuevo término al debate que apertura un interesante estudio de un derecho fundamental muchas veces acotado y pocas veces estudiado y delimitado: el libre desarrollo de la personalidad.

El Derecho al libre desarrollo de la personalidad, está prescrito en la Carta Magna en el libro de los Derechos fundamentales de la persona Artículo 2º inciso 1: “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psicológica y física y a su *libre desarrollo* y bienestar”.

Si bien en la frase “libre desarrollo” no se hace mención expresa a qué libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desarrollarla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos⁷⁸.

El derecho al libre desarrollo de la libertad “establece un derecho de libertad individual de carácter general, una “libertad general de acción”, que es el contenido propio del libre desarrollo de la personalidad.”⁷⁹ Respecto a la libertad de acción es conveniente tener en cuenta lo que señala HERVADA, quien explica que la libertad fundamental tiene dos aspectos: la libertad de decidirse a hacer o no hacer (libertad de ejercicio) y la libertad de elegir hacer una cosa u otra (libertad de especificación). Junto a la libertad fundamental, la persona tiene otras dimensiones que, por analogía y semejanza, también reciben el nombre de libertad: la libertad de autonomía o inmunidad y la libertad de iniciativa o libertad de acción.

⁷⁸ Cfr. STC. 000032-2010-AI/TC. f. 22

⁷⁹ GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, coordinador, ROBLES, Gregorio “*El libre desarrollo de la personalidad : artículo 10 de la Constitución*” Universidad de Alcalá de Henares , Servicio de Publicaciones, Madrid, España 1995. p.49.

La incomunicabilidad de la persona y la racionalidad como forma del ser personal la dotan de *libertad de autonomía* esto es, el modo propio de actuar y conducirse rigiéndose por su razón y voluntad.

La otra dimensión de la persona es la *libertad de acción*, y esta se refiere al modo de estar la persona en sociedad. La persona es un ser incomunicable, no se hace común con los demás seres, sin embargo la persona también es un ser-en-relación con los demás seres, forma sociedad. Es por ello que la libertad de acción debe darse en el contexto de la búsqueda del bien social, y por lo tanto de una libertad que entraña una responsabilidad: la responsabilidad social de la persona, que consiste en la búsqueda leal del bien común.

La persona en sociedad, si bien está subordinada al desarrollo de la comunidad, goza de libertad de acción (el desarrollo ordenado de la sociedad, dentro de las normas que lo rigen, es el desarrollo de la iniciativa de las personas que la componen). En otras palabras, su objetivo consistirá en una libertad de iniciativa para tender a lograr el bien común de la sociedad: la libertad en la solidaridad⁸⁰. De manera que no debe incurrirse en el frecuente error de considerar la libertad como un valor (o derecho) absoluto, en cuyo amparo se puede invocar cualquier interés o anhelo como “derecho”. En esa línea se expresa GRACIELA MEDINA, al señalar que la ideología individualista tan frecuente en nuestra sociedad pretende fundar los derechos humanos naturales sin referencia a ningún orden o ley objetiva natural. Dicha doctrina supone que el hombre no está sometido a otra regla que la de su voluntad libre y arbitraria. Sus defensores aceptan que los derechos humanos provienen de la dignidad de la persona humana, pero el no aceptar una ley natural los deja sin fundamentos objetivos y los derechos humanos se tornan derechos relativos, individuales y arbitrarios. Además, no hace posible precisar sus límites y su contenido, dando lugar a la ilusión peligrosa (y sobre todo falsa)

⁸⁰ Cfr. HERVADA, Javier. *“Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho”*. Editorial EUNSA. 3ra Edición. Pamplona, 2000. p. 455-457

de que se tiene derecho a todo, en todo momento y en todo lugar, sin que exista deber u obligación alguna que deba ser acatado⁸¹.

La teoría del género, que deja de lado la diferenciación según el sexo de la persona, es una evidencia del (nada reciente) afán del ser humano de ser un mero referente de intereses individuales, sin importar la incongruencia que estos tengan con la realidad.

Pero ello no es motivo suficiente para que todos esos intereses sean amparados y considerados merecedores de protección legal. Los derechos de los individuos han de ser compatibilizados y coordinados unos con otros. El libre desarrollo de la personalidad no puede entenderse como una cláusula aislada, desvinculada de su contexto normativo. Así pues, la libertad general de acción encuentra sus límites en la ley. La libertad general de acción que implica el libre desarrollo de la personalidad es una libertad jurídica, lo que quiere decir que sus contornos vienen dibujados por el ordenamiento jurídico⁸².

Sobre ello, surge además otro tema importante a tratar, el de la autonomía de la voluntad. La autonomía no es igual a la libertad, como superficialmente se nos trata de hacer suponer.

Si partimos de una idea genérica de autonomía nos damos cuenta de que significa ser dueño de uno mismo, darse a sí mismo las normas por las cuales se va a regir la propia vida. Autonomía y libertad pueden parecer conceptos bastante afines. Pero es obvio que darse normas no es lo mismo que decidir, y mucho menos que acertar en la decisión, pues la norma tiene una pretensión de intersubjetividad que no se da nunca en la decisión que expresa la autonomía. Nadie cuando elige la profesión está sentando una regla de la misma, lo mismo ocurre cuando se toma una decisión sobre la vida, incluso sobre la propia.

La libertad implica responsabilidad, la autonomía, por el contrario, la excluye. La invocación de la autonomía, a primera vista, parece que

⁸¹ Cfr. MEDINA, Graciela, "*Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*" p. 195

⁸² Cfr. GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coordinador) Op. Cit. p. 56

proclama una libertad más amplia, soberana, ilimitada, sin condicionantes. Pero la libertad está sometida a juicio objetivo, incluso lo necesita para reconocerse como tal y no aparecer como su opuesto, como necesidad o como sumisión. Mientras que la autonomía se autoexamina, en la libertad se exige examen de conciencia, que es muy diferente⁸³.

El principio de autonomía de la persona “consiste en la libertad de todo individuo para adoptar pautas morales que guíen sus conductas, es decir, tanto normas que orienten su comportamiento frente a otros, como estándares morales relativos al propio individuo”⁸⁴. Al respecto, cabe tener en cuenta que dentro del esquema teórico de Nino la moral posee dos dimensiones: la primera se refiere a la moral privada o autoreferente, esto es, la que tiene por contenido el conjunto de ideales de excelencia personal que evalúan las acciones de los individuos por sus efectos en la calidad de vida del propio agente. La segunda dimensión, la moral social o intersubjetiva, se refiere al conjunto de principios que valoran o enjuician las acciones de los individuos por sus efectos sobre los intereses de otros sujetos distintos del agente. Según estas premisas la autonomía moral significa ‘la libre aceptación de principios morales intersubjetivos y de ideales autorreferentes de excelencia personal’ (Nino 1997,75).

Ahora bien, con el objeto de preservar la autonomía de otros individuos, este principio puede limitarse a sí mismo respecto a la elección de pautas de carácter intersubjetivo. Puede darse el caso de que algún estándar, con el cual un individuo dirige su comportamiento, afecte negativamente los intereses de otros. En cambio, no sucede lo mismo con los ideales de excelencia personal, ya

⁸³ Cfr. MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio. “Autonomía” en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL 2007. p. 741

⁸⁴ GAMA LEYVA, Leopoldo. “El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino y sus implicaciones para la práctica judicial”. En Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Mexico, 2011. p. 233 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/29/drl/drl7.pdf>

que por definición no perjudican los intereses de otros individuos. En este sentido, mientras la elección de pautas relativas a la moral intersubjetiva puede ser limitada, la de estándares de excelencia humana no puede restringirse. De tal manera se constituye, de acuerdo con el autor, el principio de autonomía personal que prohíbe interferir con la libre elección de ideales de excelencia humana⁸⁵.

En esa misma línea MARTÍNEZ manifiesta que el derecho es esencialmente intersubjetivo y que por ello fundar el derecho en la autonomía es como si tratáramos de explicar el lenguaje como lengua privada, desde las sensaciones o sonidos independientes, como gritos animales que sólo percibiera el lingüísticamente autónomo. En este mismo sentido es absurdo decir que el negocio jurídico, el contrato, el testamento, es expresión de la autonomía de la voluntad, pues la voluntad no se da reglas jurídicas a sí misma, sino que lo que se hace es exponer las pretensiones de una persona a la aceptación de los demás y, por tanto, a un acuerdo y a un contraste con la ley y con la realidad misma, de modo que las posibilidades de sentido no son propiamente autónomas, sino resultado de lo que se puede comprender en una verdad compartida.

Del mismo modo que contra la autonomía en el campo lingüístico está la evidencia de que no hay lenguajes autónomos, tampoco hay sistemas jurídicos autónomos ni siquiera actos jurídicos propiamente autónomos. Decir que el derecho se fundamenta en la autonomía individual o en la autodeterminación de los pueblos, como desafortunadamente se hace, es carente de sentido⁸⁶.

La autonomía, en opinión de MARTÍNEZ, es una interpretación de las acciones humanas realizada con la propia regla o medida, desde el propio juicio, desde el propio punto de vista, con la «legislación» elaborada por uno mismo; una autointerpretación. Consecuentemente, la interpretación autónoma en cuanto

⁸⁵ Cfr. Ídem. p. 232-233

⁸⁶ Cfr. MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio. Op. Cit. p. 739

autointerpretación de la propia acción impide detectar si uno se engaña respecto a sí mismo, a su conocimiento y a su acción; impide reconocer el éxito o fracaso, no permite emanciparse del error o del autoengaño, lleva a exteriorizar las consecuencias de los actos⁸⁷. Como se explicó, los homosexuales gozan de la libertad para adoptar pautas morales que guíen sus conductas, de tal forma, que aun no pudiendo contraer matrimonio con persona del mismo sexo, ninguna autoridad les impide (u obliga a dejar de seguir) sus ideales y modelos de vida.

3.3.1.2. Limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad

El libre desarrollo de la personalidad no supone un deber del estado de dictar normas y/o regular toda conducta particular o interés de los ciudadanos, pues ello, además de imposible, resultaría en un inevitable perjuicio para los intereses de los demás ciudadanos restantes. Así concuerda el Informe emitido por la Universidad San Pablo de Arequipa, al precisar que: “entender que si una conducta no se institucionaliza resulta estando prohibida, supondría aceptar que todo Estado que no regule a través de su institucionalización un modelo de vida determinado terminaría por ello afectando necesariamente el libre desarrollo de la personalidad del ciudadano, lo cual resulta a todas luces falso por ser prácticamente inviable: el Estado sencillamente no puede institucionalizar todos los modelos de vida que elijan sus ciudadanos con el solo requisito de que no le parezca conveniente prohibirlos.

El Estado peruano no tiene la obligación constitucional de institucionalizar toda proyección del derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁸⁸ El libre desarrollo de la personalidad no es irrestricto, todo lo contrario, al igual que los demás derechos fundamentales deberá respetar la dignidad de la persona y los derechos inviolables

⁸⁷ Cfr. MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio. Op. Cit. p. 759-761

⁸⁸ “*Opinión técnica sobre el Proyecto de ley referida a la Unión Civil no Matrimonial*”. Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014. p. 4

que le son inherentes, respetar la ley, respetar los derechos de los demás y respetar los deberes que la propia Constitución reconoce como fundamentales. Así el TC se ha pronunciado señalando que: “En el Estado Constitucional, la aludida libertad natural se traduce en una libertad jurídica protegida constitucionalmente, de forma tal que todo acto orientado a limitarla debe, de modo obligatorio, encontrarse constitucionalmente justificado. Este principio medular encuentra expresión en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, conforme al cual “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; aunque, como se ha dicho, tal obligación o prohibición legal sobre el ejercicio de la libertad, no puede ser cualquiera, sino solo aquélla que encuentre sustento en los propios valores constitucionales.

Desde luego, ello no permite afirmar que la Constitución determina en tal medida la acción del legislador que pasa a ser algo así como un “huevo jurídico originario” del que todo surge, (...) Lo que se sostiene, simplemente, es que manteniendo el legislador un amplio margen de libre configuración legal, éste encuentra en el contenido protegido de los derechos fundamentales y, más ampliamente, en la libertad *iustfundamental* general del ser humano, un límite *prima facie* que obliga a la acción legislativa a expresarse en términos constitucionalmente razonables y proporcionados”⁸⁹.

Respecto a la supuesta afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad denunciada por los homosexuales, la incidencia sobre él es mínima, toda vez que no se prohíbe a los homosexuales el contraer matrimonio de manera alguna, sino que simplemente se promueve el matrimonio jurídicamente definido.

⁸⁹ STC. 000032-2010-AI/TC. f. 20-21

3.3.2. ¿Puede legal y constitucionalmente fundamentarse el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo en nuestro país?

3.3.2.1. Matrimonio y familia

Constitucionalmente podemos apreciar que el matrimonio, al igual que la familia, es considerado como un instituto natural. Cabe entonces detenerse y pensar en la relación que hay entre ambos institutos, que consideramos no es accidental. Es lógico concluir la intención del legislador al clasificar ambos institutos en un mismo género en tanto uno deriva del otro.

La familia por sí sola tiene una especial relevancia en nuestro ordenamiento jurídico. Cuando se habla de la familia, es preciso recurrir al Artículo 4º de la Constitución Política del Perú, en la que se le reconoce (al igual que el matrimonio) como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. Resulta entonces inconstitucional percibir cualquiera de estos institutos, fuera de su alcance “natural” y “fundamental”. Sobre el aspecto natural ya nos hemos referido previamente a ello, si bien no expresamente, el mismo hecho de reflexionar sobre la imposibilidad de procreación por parte de las parejas homosexuales, nos revela que no es una unión natural, y ello no requiere de un análisis más profundo que el de la misma realidad.

El carácter fundamental que este instituto tiene en relación a la sociedad resulta lógico toda vez que la familia representa una comunidad que otorga lo necesario para que el ser humano se desarrolle ampliamente.

Cuando se refiere a la naturaleza institucional de la familia, lo que se hace es remarcar su carácter de entidad superior no sujeta a la voluntad de los individuos que la conforman. La familia no es “algo” cualquiera que se volatiliza al más pequeño de los soplos; tiene unas raíces naturales de firme consistencia, como asentada en los lazos de la sangre forma una entidad que vive con autonomía, y cuyas

directrices fundamentales no pueden ser alteradas, sensiblemente por el capricho de la voluntad privada⁹⁰.

Por su parte el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la familia y al matrimonio expresa que “se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio (y la familia) pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio (y de la familia) que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido.”⁹¹

Dicha calificación del matrimonio y la familia como institutos jurídicos constitucionalmente garantizados remite a la doctrina de las garantías institucionales las cuales son una especie de garantía constitucional destinada específicamente a proteger ya no derechos fundamentales, sino más bien determinadas instituciones jurídicas de derecho público y privado que se consideran básicas para la vida de la comunidad, motivo por el cual su regulación no podrá ser dejada a la libre decisión del legislador, quien encontrará en esta doctrina un claro límite a su actividad.⁹²

Esa categoría de “garantía institucional” se caracteriza por lo siguiente: (i) la indispensable preservación del instituto jurídico constitucionalmente garantizado, (ii) la Constitución retiene y garantiza el contenido básico o rasgos esenciales de la institución jurídica constitucionalmente reconocida, y (iii) se asegura la

⁹⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit. p. 39

⁹¹ STC Exp. N°2868-2004-AA/TC, del 24 de Noviembre de 2004, fundamento 13.

⁹² Cfr. “*Opinión técnica sobre el Proyecto de ley referida a la Unión Civil no Matrimonial*”. Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014. p. 18

preservación de la institución jurídica en términos reconocibles para la conciencia social en cada tiempo y lugar.⁹³

3.3.2.2. El derecho a contraer matrimonio

La Carta Magna establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

En ese sentido, el derecho a contraer matrimonio y la libertad de elegir con quien contraerlo (que a su vez representa una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad), deberá interpretarse conjuntamente con las siguientes normas:

- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHO HUMANOS (1948)

Artículo 16, inciso 1: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVILES Y POLÍTICOS

Art. 23º, inciso 2: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.”

- PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA (1969)

Artículo 17- Protección a la familia, inciso 2: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”

Cabe mencionar que el requisito de la heterosexualidad mencionado en los instrumentos internacionales es muchas veces cuestionado por

⁹³ Idem p. 19

quienes consideran que la mención de “varón” y mujer” no implica necesariamente el reconocimiento de la heterosexualidad como característica esencial del matrimonio, pues para ello tendría que haberse precisado el “entre sí”. Sin embargo, en dichas disposiciones supranacionales, a diferencia de lo articulado para reconocer otros derechos, se deja de utilizar las expresiones “toda persona” o “todo individuo” y se precisa en su lugar la frase “varón y mujer” para reconocer el derecho a contraer matrimonio. Es decir, cuando el derecho es de toda persona, sin distinción de sexo, las convenciones usan la palabra “persona” en cambio, cuando quiere distinguir el sexo señala “hombre y mujer”. De no ser así la Convención diría toda persona tiene el derecho a casarse, sin embargo no lo dice sino que aclara que el hombre y la mujer tienen derecho a casarse. Toda aquella diferenciación, obedece a su finalidad.

Cuando se regula sobre el derecho a contraer matrimonio no se tienen en cuenta los fines subjetivos de los individuos que pretenden contraerlo, sino un fin último del matrimonio, que no tiene su origen en la voluntad del hombre sino en un fundamento objetivo. Desde esta interpretación, cuando se alude al derecho a contraer matrimonio se piensa en que sólo pueden hacerlo quienes pueden (al menos potencialmente) cumplir con los fines que constituyen la esencia de la institución, es decir dos personas de distinto sexo. En la faz teleológica no podemos interpretar este derecho partiendo de las elecciones vitales de cada individuo, ni de sus personales proyectos de vida, por muy respetables que éstos sean, porque es tanta la diversidad de deseos e intereses que llevan a casarse que sería imposible hablar de un derecho a casarse a partir de los fines individuales. Necesariamente ha de tenerse en cuenta la esencia del instituto, que no se encuentra en la voluntad de sus miembros, sino en la naturaleza de la institución matrimonial. Consideramos que la finalidad de dicho derecho se

enraíza con los fines esenciales del matrimonio y éstos son la procreación y la educación de los hijos con roles diferenciados.

La minoría o colectivo homosexual no se adecúa al orden público constitucional cuando pretenden ejercer el derecho a casarse entre sí, porque ello se muestra en colisión absoluta con el derecho a contraer matrimonio tal como la Constitución y los tratados lo garantizan, y ningún derecho de arraigo constitucional o internacional cede su prioridad frente a pretensiones de una colectividad o de un grupo minoritario por muy respetado que éste sea⁹⁴.

3.3.2.3. Los nuevos modelos de familia

Reinventar la familia como algo meramente afectivo y de carácter privado, termina por generar un modelo familiar al gusto de los individuos y sus expectativas particulares.

Instituir un nuevo (y supuesto) “modelo familiar” donde la complementariedad heterosexual y la finalidad procreativa resultan irrelevantes y prescindibles implica rediseñar la comprensión misma de las bases de la sociedad, lo que involucra (a través de la afectación al valor constitucional de la familia) a todos los ciudadanos.⁹⁵

Se han “creado” definiciones de matrimonio con el común denominador de que se les excluye la heterosexualidad. Más que indicar el concepto de matrimonio “actual” de la sociedad, señalan el que a sus autores les gustaría que estuviera vigente, olvidando que la orientación sexual no es propiamente un derecho y que la sexualidad no es primordialmente para satisfacción del propio deseo. Las políticas familiares deberían ser, teniendo en cuenta ello, una palanca de impulso para la revalorización del sentido del matrimonio.

Las injustas discriminaciones de las personas que manifiestan orientaciones sexuales hacia el propio sexo no deben ser nunca

⁹⁴ Cfr. MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 225

⁹⁵ Cfr. “*Opinión técnica sobre el Proyecto de ley referida a la Unión Civil no Matrimonial*”. Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014. p. 7

motivo para oscurecer el sentido de la sexualidad humana. Pueden y deben resolverse desde la igual dignidad de todos los seres humanos, sin atacar la verdad de la familia.

La tolerancia frente a los comportamientos sexuales de las personas es diferente de su reconocimiento jurídico. Desde el plano legislativo solamente resulta relevante el comportamiento (y específicamente las consecuencias) de quienes contraen matrimonio, en razón de las ventajas sociales que se incorporan de la mutua ayuda entre los esposos y la estabilidad en la apertura a la vida y cuidado de los hijos. Tal como señala PERIS CANCIO: “la no complementariedad sexual entre personas del mismo sexo hace irrelevante su lazo amistoso con respecto a terceros. El matrimonio es públicamente relevante porque es una relación de justicia entre los cónyuges a la que se encomienda la procreación y educación de los hijos y la mutua ayuda. Aunque lo primero no se llegue a producir de hecho, de derecho es lo que orienta al matrimonio, lo que le hace una institución volcada hacia terceros y relevante para el conjunto de la sociedad. Nada de eso se da en la unión homosexual, pues se trata de un tipo de relación íntima que no se beneficia por traslucirse públicamente. Es una innecesaria exhibición de la propia intimidad al hacer gala de que se es algo más que amigos⁹⁶”.

Si bien, como ya se afirmó previamente, todas las personas en razón a su autonomía pueden escoger el modelo de vida que deseen tener, y por ello, generar para sí mismas otro “modelo de familia”, eso no implica que verdaderamente se esté instituyendo (o se deba instituir) eso mismo para todos. El respeto que merece toda persona, con independencia de cualquier circunstancia (incluida la homosexualidad) no es razón suficiente para reconocer un matrimonio entre homosexuales (o figuras jurídicas etiquetadas de diversas maneras pero que esconden el mismo contenido), porque

⁹⁶ PERIS CANCIO, J.A., “Diez temas sobre los derechos de la familia: La Familia, garantía de la dignidad humana” Editorial EIUNSA, Madrid, 2002. p. 112

solo el verdadero matrimonio puede ser reconocido como tal. Lo contrario es hacer uso del matrimonio como una etiqueta arbitraria, confundiendo sobre su sentido.

El Tribunal Constitucional ha destacado la obligación del Estado peruano en la promoción de la familia matrimonial, como ideal del modelo familiar, que supone mayor estabilidad y seguridad de los hijos. Respecto a las uniones de hecho, si bien su reconocimiento expreso en el artículo 5º de la Carta Magna no tiene por finalidad equiparar dicha unión a la institución matrimonial (lo cual por cierto implicaría una evidente contradicción con el principio de promoción del matrimonio), busca concederle cierta protección (limitada) en razón de que la unión de hecho se parece o guarda la mayor similitud posible con el matrimonio; entonces no es en absoluto descabellado suponer que el constituyente, con el fin de evidenciar esa apariencia de “matrimonio”, se haya preocupado especialmente por dejar expresa constancia en el artículo 5º que la unión de hecho, para gozar de la protección constitucional que se le dispensa, debe no solo ser “estable”, sino que además debe estar formada por un varón y una mujer, es decir, necesariamente será “monogámica” y “heterosexual”, tal como es y debe ser el matrimonio constitucionalmente garantizado, al que simplemente busca imitar o aparentar.⁹⁷

Según el Tribunal Constitucional, la protección constitucional que en el Perú tienen las uniones de hecho responde a la teoría de la apariencia de dichas uniones con la institución matrimonial, como aquella que serviría para justificar su protección.

En ese sentido, si la protección que en el Perú reciben las uniones de hecho obedece a su apariencia a matrimonio y, a su vez, dichas uniones son calificadas como uniones de hecho necesariamente heterosexuales, es claro entonces que dicha característica constituye nada menos que uno de los rasgos básicos y esenciales de la

⁹⁷ Cfr. “*Opinión técnica sobre el Proyecto de ley referida a la Unión Civil no Matrimonial*”. Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014. p. 24

institución jurídica del matrimonio y de las uniones de hecho estables de pareja en la Constitución Peruana de 1993⁹⁸.

Cabe preguntarse si, aplicando los mismos fundamentos que proponen quienes están a favor del cambio del concepto de familia y matrimonio, el Estado está obligado a respetar, reconocer y organizar cualquier forma de matrimonio o si puede imponer límites fundado en reglas de orden público. En ese punto, la primera cuestión a dilucidar es si el Estado debe también reconocer el matrimonio poligámico y aceptar su celebración basado en el respeto a la libertad de organizar la vida familiar conforme a las creencias religiosas o a las ideas personales de cada individuo.

Esa sería también una eventual e inevitable consecuencia de la regulación legal de convivencias homosexuales: la análoga regulación de la convivencia de las distintas “preferencias” sexuales. Si se aceptan las uniones entre personas del mismo sexo, sería incongruente no permitir las polígamas, incluso las incestuosas o las pedófilas. Todas estas últimas podrían directamente encontrar fundamento de su legitimización en razón al amparo legal que recibieron las primeras. ¿Qué se objetaría? ¿Que no son naturales? Ninguna además de la heterosexual lo es. ¿Qué son contrarias a la dignidad? Todas las demás a la heterosexual lo son.

3.3.3. Consecuencias de una eventual regulación de las uniones entre personas del mismo sexo

3.3.3.1. Una nueva perspectiva de la familia

Todo lo que suponga apartar de la categoría familiar su origen biológico o el emparejamiento heterosexual y, en su caso, o como resultado, los efectos parentales de la filiación, provoca el desmoronamiento integral de la familia.

⁹⁸ Idem p. 25

Si se discute sobre el concepto del matrimonio, hay que profundizar en cuál es este si se deja al margen el requisito de heterosexualidad.

Según GRACIELA MEDINA⁹⁹, las consecuencias que surgirían de realizarse una eventual regulación de las uniones entre personas del mismo sexo serían:

- Extender a una unión asociativa los beneficios de una institución natural, aun cuando no pueda cumplir con los fines de la segunda.
- Variar el sistema de transmisión de los bienes para después de la muerte, otorgando iguales derechos a quienes constituyen una unión en el ámbito de la más absoluta libertad a quienes se unen en una institución con fines trascendentales.
- Permitir el derecho de adopción a dichas parejas y con ello alterar la paternidad.

Podemos percibir que en la actualidad parece imponerse en la cultura jurídica una visión que con la intención de ampliar el contenido de la estructura familiar corre el riesgo de dejarla sin contenido reconocible. Al preguntarse en el plano de los fines y de las políticas públicas cuál es la familia que debe gozar de la protección especial del orden jurídico, no puede buscarse la respuesta en las encuestas, las tendencias o en la mera facticidad social. Se ha de buscar el plano de las funciones que la sociedad y los individuos demandan y exigen a la comunidad familiar. La Constitución protege a las familias con estructuras distintas a la tradicional, como las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado “familias reconstituidas”. Y aunque se han reconocido distintas estructuras, estas comparten elementos constitutivos esenciales como son la orientación a la dimensión generativa o de procreación, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional, cuya unidad hace de ella un espacio fundamental

⁹⁹ Cfr. MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 206

para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros y un agente primordial del desarrollo social¹⁰⁰.

Cuando se habla del reconocimiento de los distintos tipos de familia, parece ser una buena e igualitaria consigna, que en teoría dejaría fuera todo tipo de “discriminación” y de estigmas que puedan existir sobre todas aquellas familias que no han sido generadas de manera “tradicional”, es decir de una pareja de varón y mujer que hayan contraído matrimonio. Eso parece una idea atractiva si de términos comunicativos se trata. Sin embargo, si se reflexiona a fondo, se evidencia que este recurso persuasivo en realidad deriva en una reformulación del Derecho de Familia sobre la base de un nuevo concepto de familia, el cual no entrega argumentos que permitan evaluar la conveniencia de dicha sustitución.

El nuevo concepto de familia que la sociedad pretende promover es el de “pareja estable”: la unión de “dos iguales” (en cuanto seres humanos, no importando el sexo que los caracterice) entre los cuales no hay más que afectividad e intercambio sexual sin ninguna referencia necesaria a un compromiso ni la fundación de un hogar apto para recibir a los hijos.

Pues bien, si se aplicara con todo rigor la fórmula de los “tipos de familia” y se reconociera que cualquier unión, comunidad o relación (hogares unipersonales, uniones homosexuales, polígamas, agrupaciones promiscuas, etc.) puede calificarse de familiar y que ante ellas el Estado debiera guardar una neutralidad pasiva (o aún peor, otorgarles regulación) habría que convenir que el Derecho de Familia habrá desaparecido. Si todo es familia, en verdad nada lo es¹⁰¹. La misma opinión comparte BALMACEDA QUIROZ: “La negación del estatus social y jurídico de matrimonio a formas de convivencia que no son ni pueden ser matrimoniales no se opone a la justicia; por el

¹⁰⁰ Cfr. “*Opinión técnica sobre el Proyecto de ley referida a la Unión Civil no Matrimonial*”. Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014. p. 14

¹⁰¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit. p. 301

contrario, la justicia lo exige”. De lo contrario “...el concepto de matrimonio experimentaría una transformación radical en detrimento grave del bien común”. La justicia separada del bien común es inaceptable para el orden moral. “Sería totalmente injusto sacrificar el bien común y las normas justas para la familia con el fin de proteger los bienes personales que pueden y deben ser garantizados de manera que no perjudiquen el cuerpo social¹⁰²”.

3.3.3.2. “Paternidad” en parejas del mismo sexo

Como ya se ha mencionado previamente, en el ordenamiento jurídico peruano, la familia, aunque abarca distintas estructuras, posee unas características esenciales que responden a la finalidad que como institución constitucional fundamental esta realiza en orden al bien común, características que hacen que la sexualidad del componente intersubjetivo no resulte indiferente.

La unión homosexual desde su nacimiento está destinada a quedar limitada a una pareja de dos personas sin posibilidades de ampliarse mediante la creación de una nueva vida, es por ello que las comillas no son casuales al referirnos a la “paternidad” en parejas del mismo sexo.

Por ello, de una interpretación conforme a los principios de unidad y concordancia práctica del bloque de constitucionalidad no se puede afirmar que se deriva obligación alguna de asegurar que las parejas del mismo sexo reciban tratamiento análogo al de las parejas heterosexuales. Ello es así en virtud de que ambos modelos (el homosexual y el heterosexual) no se encuentran en igualdad de circunstancias, en tanto se diferencian en la estructura intersubjetiva potencialmente generativa o procreativa de su unión, elemento característico de la institución familiar en el ordenamiento constitucional peruano que garantiza el orden de generaciones. No

¹⁰² BALMACEDA QUIROZ, Justo Fernando. Op. Cit, p. 206

existe pues obligación por parte de los Estados de institucionalizar relaciones humanas que no cumplen una función relevante y privilegiada de interés público, y que pertenecen más bien al ámbito de la vida privada, como es el caso de la cohabitación de personas homosexuales¹⁰³.

Por otro lado, se advierte en el plano legislativo una progresiva desvinculación entre matrimonio y procreación, manifestada en la eliminación de la impotencia como impedimento matrimonial. Sin embargo, si bien en el momento actual no existe legalmente una necesaria vinculación entre matrimonio y procreación, no es menos cierto que del modelo familiar heterosexual surgen de ordinario nuevos seres humanos, los cuales requieren, para su adecuado desarrollo y bienestar, un ambiente de seguridad y estabilidad familiar. Si bien la impotencia no es considerada por el Código Civil peruano como un impedimento matrimonial, no es posible deducir de ello que el legislador haya dado espaldas a la realidad natural del matrimonio y de la familia. Así, con plena consciencia de la diferencia y de la complementariedad sexual entre varón y mujer, y de la consiguiente posibilidad de generación de nuevas personas como consecuencia de dicha unión, el legislador se ha preocupado por establecer en el artículo 241º, inciso 2) del código sustantivo, que no pueden contraer matrimonio los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole. Impedimento que obedece al hecho que la generación de nuevos seres humanos es una consecuencia posible (y habitual) de la unión entre dos personas de distinto sexo.

“La aptitud de la pareja homosexual se limita a la satisfacción de sus miembros en el desarrollo de su personalidad individual, pero no genera ninguna contribución a la continuación de la especie humana. Ello es un dato de mucha importancia en relación a las políticas de

¹⁰³ Cfr. “*Opinión técnica sobre el Proyecto de ley referida a la Unión Civil no Matrimonial*”. Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014. p. 15

crecimiento demográfico del Estado, ya que en aras de priorizar, seguramente deberán preferirse las uniones que sean útiles para el perfeccionamiento individual y la continuación de la especie por sobre aquellas que sólo contribuyan al perfeccionamiento de sus miembros.

Si esa Ley sale adelante, intente usted explicar a un niño qué es una familia. Veamos: Una familia es un grupo de personas que viven juntas: no, porque hay gente que viven juntos y no son familia. Una familia es un grupo de personas que se quieren: no, porque hay gente que se quiere y no son familia, y hay miembros de una misma familia que, por distintas razones, no se quieren. Una familia es un padre y una madre con sus hijos: no, porque hay familias que no tienen padre y madre sino padre y padre o madre y madre. Una familia es un núcleo de personas encabezado por dos de ellas, las cuales hacen el amor periódicamente: no, porque hay personas que hacen el amor periódicamente y no son familia”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Cfr. MEDINA, Graciela. Op. Cit. p. 91

CONCLUSIONES

- La regulación del derecho a contraer matrimonio no tiene en cuenta los fines subjetivos de los individuos que pretenden contraerlo, sino un fin último del matrimonio, que no tiene su origen en la voluntad del hombre sino en un fundamento objetivo. Desde el plano legislativo solamente resulta relevante el comportamiento (y específicamente las consecuencias) de quienes contraen matrimonio propiamente dicho, es decir el heterosexual, en razón de las ventajas sociales que se incorporan de la mutua ayuda entre los esposos y la estabilidad en la apertura a la vida y cuidado de los hijos. Así pues, cuando se alude al derecho a contraer matrimonio se piensa en quiénes pueden cumplir con los fines que constituyen la esencia de la institución, es decir dos personas de distinto sexo.

- Constitucionalmente el matrimonio, juntamente con la familia, es considerado como un instituto natural. Lo que se hace es remarcar su carácter superior no sujeto a la voluntad de los individuos que la conforman. El TC ha señalado, refiriéndose a la familia y al matrimonio que “se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De

modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio (y la familia) pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial”.

- El respeto que merece toda persona, con independencia de cualquier circunstancia (incluida la homosexualidad) no es razón suficiente para reconocer un matrimonio entre homosexuales, o figuras jurídicas etiquetadas de diversas maneras pero que esconden el mismo contenido, porque solo el verdadero matrimonio puede ser reconocido como tal. Lo contrario es hacer uso del matrimonio como una etiqueta arbitraria, confundiendo sobre su sentido. Las injustas discriminaciones de las personas que manifiestan orientaciones sexuales hacia el propio sexo no deben ser nunca motivo para oscurecer el sentido de la sexualidad humana. Pueden y deben resolverse desde la igual dignidad de todos los seres humanos, sin atacar la verdad de la familia.

- El Estado peruano no tiene la obligación constitucional de institucionalizar toda proyección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Dicho derecho no puede entenderse como una cláusula aislada, desvinculada de su contexto normativo, no supone un deber del estado de dictar normas y/o regular toda conducta particular o interés de los ciudadanos, pues ello, además de imposible, resultaría en un inevitable perjuicio para los intereses de los demás ciudadanos y el bien común.

- Una eventual e inevitable consecuencia de la regulación legal de convivencias homosexuales sería la análoga regulación de la convivencia de las distintas “preferencias” sexuales. Si se aceptan las uniones entre personas del mismo sexo, sería incongruente no permitir las polígamas, incluso las incestuosas o las pedófilas. Todas estas últimas podrían directamente encontrar fundamento de su legitimización en razón al amparo legal que recibieron las primeras.

- Instituir nuevos modelos de familia donde la complementariedad heterosexual y la finalidad procreativa resultan irrelevantes y prescindibles, implica rediseñar la comprensión misma de las bases de la sociedad. Parece imponerse en la cultura jurídica una visión que, con la intención de ampliar el contenido de la estructura familiar, corre el riesgo de dejarla sin contenido reconocible. Las políticas familiares deberían ser, por el contrario, una palanca de impulso para la revalorización del verdadero concepto del matrimonio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUDELO RAMÍREZ, Martín. *“El poder político: su fundamento y sus límites desde los derechos del hombre. Una aproximación a la filosofía del poder en la obra de Norberto Bobbio”*. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2006.
- ALIAGA AZAÑA, Rosario del Pilar. *“Evaluación a través del test de igualdad de la medida de “no permisión del derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo””* en Revista Actualidad Jurídica. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, N° 203. 2010.
- BALMACEDA QUIROZ, Justo Fernando. *“El sujeto del derecho al matrimonio y a la adopción”* en Revista Doxa: tendencias modernas del derecho”. Lima: Normas Legales, 2004.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *“La Constitución de 1993: Análisis comparado”*. Editorial ICS. Lima, 1996.
- BLANCO, María. *“Sobre el matrimonio y sus naturaleza jurídica”* AAVV., La familia: naturaleza y régimen jurídico en el siglo XXI. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo 2007.
- CAMPS MERLO, Marina. *“Identidad sexual y derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo”* Editorial EUNSA, Pamplona, 2007.
- CARRUITERO LECCA, Francisco y FIGUEROA AVENDAÑO, María Elena. *“El Derecho de familia. Un análisis desde la jurisprudencia y la Sociología jurídica”*, Trujillo- Perú, Ediciones BLG, 2004.
- CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca. *“Persona femenina, persona masculina”* Ediciones Rialp, Madrid, 2004.
- COLINA SEMINARIO, Javier. *“La Familia: El matrimonio en la Constitución Peruana.”* Instituto de Estudios Social Cristianos, Lima, 2008.

- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *“Derecho Familiar Peruano: Sociedad conyugal, sociedad paterno filial, amparo familiar del incapaz”*, 10ª Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Derecho y Derechos de la familia”*. Editorial Grijley. 1ra Edición, Lima, 2005.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *“La familia en el derecho peruano: libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez”* PUCP, Lima, 1990.
- DURAN RIVACOBIA RAMON, *“El matrimonio y las uniones homosexuales ante el principio de no discriminación”*. AAVV., La familia: naturaleza y régimen jurídico en el siglo XXI. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo, 2007.
- ELÓSEGUI ITXASO, María. *“La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica”*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- FERNANDEZ, Aurelio. *“Matrimonio de homosexuales. Una contradicción”* Editorial Palabra, Madrid, 2005.
- FERRERO REBAGLIATI, Raúl. *“Ciencia Política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional”*. 9na Edición. Grijley, Lima, 2003.
- GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, coordinador, ROBLES, Gregorio *“El libre desarrollo de la personalidad: artículo 10 de la Constitución”*. Universidad de Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones, Madrid, España 1995.
- HERVADA, Javier. *“Cuatro Lecciones de Derecho Natural”*. Ediciones Universidad de Navarra S.A, Pamplona, 1998.
- HERVADA, Javier. *“Una caro: Escritos sobre el matrimonio”*. Ediciones Universidad de Navarra S.A, Pamplona, 2000.
- LÖSING, Norbert. *“¿Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos de las parejas del mismo sexo”* en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coordinadora) *“Derecho de Familia y los nuevos paradigmas”*, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 1999.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. *“Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de familia”*, Ediciones RIALP, Madrid, 1996.
- MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *“Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo”*, Ediciones RIALP, Madrid, 2007.
- MEDINA, Graciela. *“Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio”*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MEDINA, Graciela. *“Uniones de hecho. Homosexuales”*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MENDEZ COSTA, María Josefa. *“Los principios jurídicos en las relaciones de familia”*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- MONTOYA CALLE, Mariano. *“Matrimonio y Separación de Hecho”*. Editorial San Marcos, Lima, 2006.
- OLIVOS CELIS, Milagros. *“Algunas consideraciones sobre la técnica legislativa en cuestiones de Derecho de Familia: Una especial referencia a*

la propuesta de regulación del matrimonio homosexual” en Revista IUS N°7. Año IV. En Prensa.

- PERIS CANCIO, J. A. *“Diez temas sobre los derechos de la familia: La familia, garantía de la dignidad humana”*. EUNSA. 2002.
- POLAINO-LORENTE, Aquilino. *“Sexo y cultura. Análisis del comportamiento sexual”* Ediciones RIALP, 2da Edición, Madrid, 1998.
- RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. *“El derecho a amar y el derecho a morir”*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.
- RUBIO CORREA, Marcial. *“Estudio de la Constitución Política de 1993.”* Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Lima, 1999.
- SOSA SACIO, Juan Manuel (Coord). *“Los derechos fundamentales: estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del derecho”*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- VVAA. *“El derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género”*. DEMUS, Lima, 2008.
- VVAA. *“La constitución comentada: análisis artículo por artículo obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país”*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2005.
- VVAA. *“Opinión técnica sobre el Proyecto de ley referida a la Unión Civil no Matrimonial”*. Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014.
- VEGA MERE, Yuri. *“Las nuevas fronteras del Derecho de Familia”*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003.
- VEGA MERE, Yuri, *“La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho”*, en JUS CONSTITUCIONAL, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Grijley, Lima, Junio 2008, N° 06, pp. 35 ss. o bien en Jurisprudencia casatoria, Motivensa, Derecho civil y procesal civil, Tomo III, Lima. 2009.
- VILADRICH, Pedro-Juan. *“La agonía del Matrimonio Legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio”*, Editorial EUNSA, Pamplona, 2001.

ANEXOS

SENTENCIA Nº 00139-2013 PA/TC

En Lima, a los 18 días del mes de marzo de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de los magistrados Mesía Ramírez y Eto Cruz, que se agrega

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Rafael Alonso Ynga Zevallos, en representación de P.E.M.M. contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 361, su fecha 10 de septiembre de 2012, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de agosto de 2010¹ el recurrente en representación de P.E.M.M. interpone demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil — RENIEC y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y por consiguiente en su partida de nacimiento. Asimismo, solicita que esta demanda se ponga en conocimiento de la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima). Alega el recurrente que su poderdante (en adelante, P.E.M.M.) obtuvo, mediante un proceso judicial de cambio de nombre ante el Juzgado Civil de San Martín (Exp. ; 104-2008), que éste fuera cambiado de un prenombre masculino (J. L.) a uno femenino (P. E.), cambio que fue inscrito como anotación marginal en su partida de nacimiento en la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima). Posteriormente P.E.M.M. solicitó al RENIEC que le expida un nuevo DNI con sus nuevos nombres (P.E.), adjuntando para ello la partida de nacimiento con la anotación marginal. Refiere que el RENIEC cumplió con cambiar el prenombre de P.E.M.M. pero indicando que su sexo es "masculino", lo cual considera que afecta su derecho fundamental a la identidad pues esto le causa un estado de depresión e incomodidad. Aduce el recurrente que P.E.M.M. es un transexual, no un hombre, sino "una mujer reasignada" mediante una cirugía realizada en España, por lo que debe ser tratada como tal, y que no basta sólo tener un prenombre femenino, sino que el sexo señalado en el DNI debe estar acorde con su actual identidad. Para el recurrente, la transexualidad es el fenómeno por el que algunas personas "cambian su sexo y adoptan socialmente el sexo contrario al de su nacimiento, sin que exista una razón física aparente que parezca predisponer a esa decisión". Según el recurrente, en el pasado, cuando uno se preguntaba por el contenido que definía el sexo se pensaba que este era únicamente un elemento estático del ser humano, vinculado de manera exclusiva con la dimensión biológica y cromosómica; sin embargo, y gracias al avance de disciplinas como la psicología, la medicina o la antropología, la comunidad

académica mundial ha convenido que el sexo es una característica dinámica ya que se da y evoluciona con el desarrollo de la persona, por lo que se puede hablar en la actualidad de un sexo social (actitud que uno asume en la sociedad) y un sexo psicológico (hábitos y comportamientos), los cuales muchas veces pueden diferir o ser contrarios al sexo cromosómico o biológico. Esto lleva a afirmar que el sexo, como categoría conceptual, debe ser visto como un todo, es decir, como una entidad biopsicosocial, por lo cual, de existir alguna contradicción entre esas dimensiones —la biológica o cromosómica, la física, social o psicológica—, es la persona la que elegirá libremente a qué sexo pertenecer y el sexo elegido debe guardar coherencia con el consignado registralmente. Coherentes con este planteamiento, a juicio del recurrente, son las razones que esgrimió P.E.M.M. al solicitar judicialmente su cambio de prenombre: "el nombre J. es propio de una persona masculina y no me identifico con dicho sexo y mucho menos con el nombre antes referido, es por ello que solicito judicialmente el cambio de nombre, ya que me identifico con el sexo femenino". Según el recurrente la medicina está proponiendo a la justicia lo que se conoce como la "teoría del sexo psicosocial". El fundamento básico de esta teoría consiste en considerar la "subjetividad" del sexo como un dato del mismo rango científico que los datos biológicos, por lo que los juristas deben entender que si el sexo morfológico no coincide con el psicológico y, como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, debe prevalecer el sexo psicológico. No obstante, precisa el recurrente que sobre esto no hay acuerdo científico, por lo que el Derecho "debe enfrentarse a esta situación sin la certeza de la ciencia" (fojas 81) y que su poderdante es un transexual que desde una óptica es varón y desde otra es mujer, "ya que ni la intervención quirúrgica a la que se sometió ni el pretendido cambio de su nombre modifican este estado de hecho en virtud de la inmutabilidad de lo genético" (fojas 87). El RENIEC contesta la demanda expresando que ésta colisiona con el artículo 22 del Decreto Supremo N° 15-98-PCM (Reglamento de Inscripciones del RENIEC), que precisa los hechos inscribibles en el acta de nacimiento, entre los que no se encuentra el cambio de identidad sexual. Además, refiere que el Tribunal Constitucional en la STC 2273-2005-PHC/TC si bien ordenó el cambio de prenombre de masculino a femenino (Karen Mariuca Quiroz Cabanillas), mantuvo intangibles los demás elementos identificatorios (edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento. A fojas 170/ la Fiscal Provincial Encargada de la Primera Fiscalía Provincial de Familia de San Martín, Tarapoto, devuelve la demanda, expresando que, de conformidad con el artículo 96° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Fiscalía Provincial Civil no interviene en esta clase de procesos.

La Municipalidad Distrital de Miraflores se apersona al proceso y afirma que si bien la demanda se sustenta en la STC 2273-2005-PHC/TC, en ella sólo se ordena el cambio de prenombre (de masculino a femenino: Karen Mailuca Quiroz Cabanillas) en el DNI, pero no de sexo.

El Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 3 de mayo de 2012, declara fundada la demanda,

ordenando el cambio de sexo a femenino de P.E.M.M., tanto en su DNI como en su partida de nacimiento, por considerar que si en un inicio se pensó que el sexo era sólo un elemento estático de la personalidad del ser humano, al hacerse referencia al sexo biológico o cromosómico al momento de inscribir el nacimiento en el Registro Civil, dicha definición ha cambiado y así, desde un enfoque multidisciplinario, el sexo es un elemento dinámico, ya que se da en el transcurso del desarrollo de la persona y está referido a la peculiar actitud que asume ésta en sociedad (sexo social), a los hábitos y comportamientos (sexo psicológico), los que incluso pueden diferir del sexo cromosómico, por lo que de existir contradicción entre el sexo cromosómico, psicológico, físico y social (disforia de género), es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer. En el caso de autos, P.E.M.M. se siente pertenecer al sexo femenino y no al masculino, existiendo una disociación entre su sentimiento, pensamiento y vida como mujer con la apariencia genital, repudiando su nombre y todo lo que tiene que ver con la condición masculina que le asignaron al Pacer. A su turna la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, revocando la apelada declaró improcedente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía idónea para pedir el cambio de sexo en el DNI y en la partida de nacimiento, sino el proceso de conocimiento conforme al artículo 475, inciso 1, del Código Procesal Civil.

FUNDAMENTOS

1) Delimitación del petitorio

En el caso de autos el recurrente pide que se cambie el sexo (de masculino a femenino) en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M. Ello en razón de que ya ha conseguido judicialmente que su prenombre masculino sea cambiado por uno femenino (de J.L. a P.E.), y así consta en su partida de nacimiento y DNI, pero en dichos documentos su sexo permanece como masculino.

En cuanto al derecho fundamental supuestamente afectado en el presente caso, este Tribunal considera que éste es el derecho a la identidad. No sólo porque ese es el derecho invocado por el recurrente (cfr. fojas 70), sino también porque ya antes este Tribunal ha considerado que ese es el derecho involucrado en controversias relativas al registro de estado civil (cfr. SSTC 2273-2005-PHC/TC, 5829-2009-PA/TC). Debe mencionarse también que el recurrente hace una enumeración de otros derechos que, a su juicio, se relacionan con el derecho a la identidad (cfr. fojas 81 a 87), pero luego precisa que en concreto éste es el derecho que considera violado en el caso de autos (cfr. fojas 87), por lo que el pronunciamiento de este Tribunal se centrará en dilucidar si existe o no la alegada afectación al derecho a la identidad.

2) Sobre la vulneración al derecho a la identidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución)

Ya ha referido este Tribunal que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso

1) del artículo 2 de la Constitución, "entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, es esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)" (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21). "La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros" (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 22). De esta forma, cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras, pero aun "cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral" (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 23).

2. Ha destacado también este Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico el DNI permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; pero también constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución (cfr. STC 5829-2009-PA/TC, fundamento 6).

3. Respecto a la partida de nacimiento/ este Tribunal ha señalado que "es el documento a través de cual se acredita el hecho del nacimiento y, por ende, la existencia de una persona. Con este asiento registral y sus certificaciones correspondientes en los registros civiles se deja constancia del hecho inicial o determinante de la existencia de una personalidad humana" (STC 2273-2005-PHL/TC, fundamento 11) y permite la probanza legal:

- Del hecho de la vida.

- De la generación materna y paterna, salvo las omisiones por legitimidad

- Del apellido familiar y del nombre propio.

- De la edad.

- Del sexo.

- De la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad

- De la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio (...)

(STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 12; énfasis añadido).

4. Queda claro que el sexo forma parte de la identidad de la persona y, como tal, debe quedar correctamente constatado en el Registro del Estado Civil en donde se inscriben los nacimientos (cfr. artículo 44, inciso "a", de la

Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en adelante LORENIEC). El Tribunal Constitucional ha precisado al respecto que la identificación que se asigna al recién nacido relativa al sexo lo ubica en el género masculino o femenino y que entre los factores que pueden constituir el sexo del individuo (que cabe clasificar en biológicos y psicosociales), "al momento de nacer la persona sólo se toma en cuenta el sexo anatómico" (STC 2273-2005-PTIC/TC, fundamento 15), es decir, el sexo genital, que es parte del sexo biológico.

5. Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en "la naturaleza de las cosas" (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo.

6. El sexo (femenino o masculino) asignado a la persona desde su nacimiento, es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter objetivo (como lo es la "herencia genética": STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21), viniendo tal característica de una realidad biológica indisponible, necesaria para que la persona pueda ser individualizada como corresponde a su derecho a la identidad y al correlativo deber de respetar los derechos e intereses de terceros. Asimismo, tal realidad genética resulta determinante para las distintas consecuencias que se derivan de la condición de mujer y de hombre en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, en lo que respecta al derecho o capacidad para contraer matrimonio o ius connubii).

7. Esta doctrina de la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil, ya se encuentra en lo resuelto por este Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC, donde se autorizó el cambio de prenombre del recurrente (de masculino a femenino), pero manteniéndose "la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento)" (punto 2 resolutivo; énfasis añadido). Coherente con ello, la LORENIEC no prevé el cambio de sexo, pero sí contempla la inscripción de los cambios o adiciones de nombre.

8. Por supuesto, esta indisponibilidad del sexo en el registro civil, no se veperjudicada por la posibilidad de rectificar, incluso administrativamente, las inscripciones cuando "se determina algún error en la inscripción" (cfr. artículo 71 del Decreto Supremo N° 15-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil).

9. Este yerro en la inscripción en lo que respecta al sexo de la persona, ocurriría cuando exista un desajuste en el propio sexo cromosómico, es decir en la propia biología, como los casos de intersexualidad o hermafroditismo. Es decir, el cambio de sexo en el registro se puede justificar si se alega error en la apreciación del sexo al momento de la inscripción y se aportan las correspondientes pruebas médicas que demuestren que ha habido en el registro un error de redacción, apreciación

equivocada del sexo aparente y genital (sexo anatómico) o errores biológicos que el individuo registrado no haya causado voluntariamente.

10. En el caso de autos/ el recurrente en ningún momento aduce que P.E.M.M. sea cromosómica, hormonal, gonádica o morfológicamente correspondiente al sexo femenino. El recurrente sustenta el reclamo de cambio de sexo de P.E.M.M. en razones exclusivamente de orden psicológico, al señalar que ella no se identifica con el sexo masculino con el que está inscrita, sino con el femenino. Asimismo, en la solicitud judicial de cambio de prenombre que presentó P.E.M.M. (expediente N° 00104-2008, que viene como acompañado), ésta afirma que fue inscrita con un prenombre de acuerdo con su sexo biológico (masculino), pero que desde su infancia "se sentía como si perteneciera al sexo opuesto" (fojas 28); que con sus documentos se "confrontaba con una realidad no deseada, la de que biológicamente era hombre", y que en España "luego de una evaluación minuciosa (psicológica) se (le) diagnosticó transexualismo o disforia de género [en otras palabras que si bien era un hombre biológico (su) conducta era la de una mujer] y por lo tanto la única posibilidad era que a través de una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastía cutánea peneana (es decir cambio de sexo) (sic), podía superar esta patología" (fojas 30-31). Es claro que no identificarse con el sexo biológico masculino o sentirse del sexo femenino, hace alusión a una "patología" (como ella misma le llama) psicológica, como lo prueba además, según ella manifiesta, haber sido sometida a una "evaluación minuciosa" de orden psicológico para diagnosticarle "transexualismo".

11. En el mismo sentido, los informes médicos emitidos en España que obran en el referido expediente judicial que viene como acompañado, en ningún caso refieren que P.E.M.M. sea intersexual o hermafrodita, sino que padece un trastorno de orden psicológico. Así, el cirujano plástico reconstructivo y estético deja constancia que paciente P.E.M.M. — J.L.M.M. ha sido diagnosticada "de transexualismo o disforia de género", "ha recibido tratamiento hormonal por tiempo superior a un año" y ha sido intervenida por él "de cambio de genitales externos y vaginoplastía cutánea peneana" (fojas 7). Igualmente, el informe psiquiátrico de fojas 74 señala que "se confirma el diagnóstico de trastorno de la identidad sexual" (énfasis añadido), que "la paciente está realizando tratamiento hormonal desde los 16 años, manteniendo tratamiento hormonal feminizante", que "ha sido sometida a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer", por lo que concluye que "ha recibido el tratamiento adecuado para su trastorno, y desde el inicio del tratamiento la adaptación progresiva a los cambios ha sido favorable".

12. De todo ello queda claro que P.E.M.M. no presenta un caso de intersexualidad o hermafroditismo que haya ocasionado un error al momento de registrar su sexo y que, por tanto, éste deba ser rectificado. Es una persona de constitución sexual masculina en la cual no existen características físicas o funcionales de los dos sexos que permitan clasificarla como intersexual y necesitada del discernimiento del sexo predominante, sino que en ella se presenta una especie de falta de coherencia plena entre

el sexo biológico, absolutamente masculino, y un sexo psicológico que le condujo a desear el sexo femenino y, en esa línea, a la práctica de la operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal. Se trata pues de un transexual, como afirma el propio recurrente (cfr. fojas 87), es decir de una persona que muestra una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico.

13. La Organización Mundial de la Salud (OMS) clasifica al transexualismo dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento, definiéndolo como el deseo del individuo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse de sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio [cfr. International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-10), F64.0].

14. Ni debe confundirse la transexualidad con el hermafroditismo o los estados intersexuales ya referidos. El transexualismo es un trastorno mental, en el que no hay ninguna patología anatómica o genética. El transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, pero el error está en su mente, no en su anatomía. Por ello, desde la medicina se dirá que "el transexual no modificado por las técnicas médico quirúrgicas presenta unos caracteres; somáticos de absoluta normalidad. No se observa en ellos ninguna ambigüedad, ni mucho menos anomalías, en su conformación somática. Tanto los caracteres sexuales secundarios como los órganos genitales externos, las gónadas y los órganos genitales internos, incluso el sexo genético, cromatínico y cromosómico, son absolutamente normales" (J. A. GISBERT CALABUIG, Medicina legal y toxicología, Masson, Barcelona 2004, p. 653).

15 P.E.M.M., según indica el recurrente, es un transexual, que se siente (psicológicamente) pertenecer al sexo contrario a su sexo biológico, sin que este último se vea modificado por la cirugía que le fue practicada pues, afirma el propio recurrente, "ni la intervención quirúrgica a la que se sometió ni el pretendido cambio de su nombre modifican este estado de hecho en virtud de la inmutabilidad de lo genético" (fojas 87).

16. Este Tribunal Constitucional coincide con el recurrente en lo referido a la inmutabilidad del sexo genético o cromosómico (masculino) de P.E.M.M., ya que en otra ocasión ha afirmado que "la realización de una plastía no es evidencia de una alteración del sexo de una persona, pues la plastía también puede utilizarse con medios meramente estéticos" (STC 2868-2004-AAJTC, fundamento 26).

17. Esto resulta corroborado por el propio cirujano plástico reconstructivo y estético que operó en España a P.E.M.M., cuando afirma: "está intervenida por mí de cambio de genitales externos y vaginoplastia cutánea peneana" (...) encontrándose "después de la intervención con labios mayores y vagina muy a semejanza de los femeninos" (fojas 7 del expediente judicial que viene como acompañado; énfasis añadido). Ello significa que la cirugía sólo ha permitido una cierta aproximación en apariencia ("muy a semejanza") al sexo femenino en cuanto a su morfología externa, pero en ningún caso en la interna o en el componente cromosómico o genético.

18. Entonces, las denominadas operaciones de cambio de sexo sólo transforman (y ni siquiera totalmente) la morfología de los órganos genitales externos del individuo pero no su sexo cromosómico, aun con cirugía altamente sofisticada y tratamientos hormonales (cfr. sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 1 v. The United Kingdom, del 11 julio de 2002, n° 62; y Christine Goodwin v. The United Kingdom, del 11 julio 2002, n° 82) y pese a que se permita el cambio de sexo en el registro civil.

19. Para el recurrente la discrepancia entre lo psicológico (sentirse del o identificarse con el sexo femenino) y lo biológico (ser del sexo masculino) que tiene quien padece el síndrome transexual (como es el caso de P.E.M.M.), se resuelve con la cirugía transexual y con la prevalencia, inclusive para efectos legales, del sexo psicológico sobre el biológico. A este propósito, habla de lo que denomina la "teoría del sexo psicosocial" cuyo fundamento básico, según él, es la "subjetividad" del sexo como un elemento del mismo rango científico que los datos biológicos, por lo que si el sexo biológico no coincide con el psicológico y, como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, debe prevalecer el sexo psicológico.

20. El recurrente sostiene la tesis de que el sexo de los transexuales lo determina el sexo psíquico y no el sexo cromosómico (que en el caso de éstos, como en todas las personas, permanece siempre el mismo), por lo que el sexo para el Derecho debe ser el sexo psíquico, abandonándose el principio, ya sustentado en esta sentencia, de que el sexo cromosómico define el sexo de la persona y que éste es indisponible.

21. Sin embargo este Tribunal advierte que este es un planteamiento sobre el cual no existe actualmente certeza o consenso científicos, sino, por el contrario, un arduo debate. En efecto, aquello que el recurrente y P.E.M.M. afirman concluyentemente sobre la cirugía como el tratamiento indicado para el trastorno de la transexualidad y la consecuente prevalencia del sexo psíquico sobre el cromosómico, está en realidad sujeto a gran polémica en el mundo científico.

22. Así, P.E.M.M. sostiene que al ser diagnosticada de transexualismo, la única posibilidad de "superar esa patología" era "a través de una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastía cutánea peneana" (fojas 30 y 31 del expediente judicial que viene como acompañado). El cirujano plástico reconstructivo y estético afirma que frente al diagnóstico de transexualismo "la intervención quirúrgica" es "la terapia más oportuna" (nótese que no dice que sea la única) (fojas 7 del expediente judicial que viene como acompañado). Y el informe psiquiátrico indica que P.E.M.M. "ha recibido el tratamiento adecuado para su trastorno", consistente en mantener "tratamiento hormonal feminizante" y someterse "a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer (vaginoplastía 2001 y prótesis mamaria 2000)" (fojas 74 del expediente judicial que viene como

23. No obstante, este Tribunal puede advertir que la cirugía como el tratamiento adecuado para el trastorno transexual, no es aceptada pacíficamente en el campo científico (cfr., por ejemplo, lo ocurrido en la jurisdicción interna alemana, en la sentencia del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos del 12 de septiembre de , 2003, Van Kück y Germany, n°s 12 a 28). Existen posiciones científicas para las que siendo psíquica la causa del transexualismo, se debe más bien atinar sobre la mete, por lo que es un error pretender curar lo psíquico actuando sobre lo físico, que en el cuerpo no hay ninguna anomalía orgánica. Por ello, en estas escuelas se abogará por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el transexual I cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él.

24. Desde estas escuelas se advierte que científica y técnicamente un "cambio de sexo" no es realizable, incluso con la cirugía más perfecta. En el caso de varón a mujer, que es el más frecuente, la cirugía consiste en la extirpación de los órganos genitales, falo y testículos, y la orquiectomía y vasectomía. Posteriormente se realiza la construcción de una vagina artificial y creación de senos. Luego hay que adaptar otras partes masculinas del cuerpo, como la manzana de Adán, el cuello, el mentón, las mejillas y las caderas. Después de estas intervenciones, hay que continuar permanentemente con un tratamiento de hormonas, que tendría efectos secundarios. Aparte de las consecuencias meramente médicas, el transexual de varón a mujer en muchas ocasiones sigue sin sentirse satisfecho con su "nuevo" cuerpo porque mantiene rasgos de varón: talla, forma de la cara, mejillas, pies y manos, persistencia de la próstata y las vesículas seminales. En el caso de mujer a hombre, se precisa de la ooforectomía y mastectomía, y se construye un falo artificial con el que es imposible realizar una cópula fisiológica. Todo esto no permitiría hablar de genitales masculinos y femeninos, respectivamente, de manera que no se puede sostener que el sexo haya cambiado desde el punto de vista anatómico.

25. Por todo ello, lejos de darse por satisfecho después de las intervenciones quirúrgicas, el transexual en muchos casos sigue experimentando una nueva escisión, ahora no sólo entre su soma y su psique, sino en su propio cuerpo, en el que se conjugan elementos externos artificiales de un sexo y su propia realidad cromosómica y hormonal, de la que no consigue deshacerse, aunque haya incluso logrado un cambio legal de su sexo (cfr. "Transexual belga decidió morir por eutanasia tras insatisfacción con operaciones", diario "El Comercio", Lima 1-X-2013).

26. De hecho, ocurren casos de transexuales inscritos en el registro civil según el nuevo sexo que quieren volverlo a cambiar lo cual plantea nuevos problemas al Derecho (Cfr., por ejemplo, "Un transexual pide al RENIEC que le devuelva su identidad de "varón", diario "El Comercio", Lima 20-VI-2013). Al margen de que la cirugía / transexual es irreversible, pues es imposible recomponer los órganos genitales, en los países donde se lleva tiempo realizando esta cirugía puede apreciarse el problema jurídico que supone que el transexual insatisfecho con el cambio pretenda la nueva rectificación del registro civil.

27. Como puede apreciarse, la ciencia pone en tela de juicio que la intervención quirúrgica se muestre como el único medio eficaz válido para la atenuación o eliminación del síndrome transexual. Que la transexualidad sea una patología, que genere sufrimiento y que requiera tratamiento e

intento de curación, además de la comprensión social, es indiscutible. Pero, como ha quedado demostrado, en lo que los científicos no están todavía de acuerdo es sobre cuál sea el tratamiento más eficaz. El Derecho deberá interpretar sus normas o cambiar su legislación a la luz de lo que aporte la ciencia médica al respecto.

28. La pretensión del recurrente puede identificarse con aquellas tendencias que intentan romper con el modelo que afirma que el Derecho debe proteger jurídicamente lo que viene dado por la biología (o la naturaleza humana), para ir hacia un modelo conforme al cual el género es siempre construido culturalmente y no debe respetar necesariamente la naturaleza. Es decir, se ubica en el debate sobre los conceptos de sexo y género, donde se discute hasta dónde la identidad y el comportamiento sexuales están condicionados por la biología o la naturaleza o hasta dónde todo ello es construido; controversia en la que están, por un lado, quienes mantienen el criterio mayoritario (si nos atenemos a lo que muestran los distintos ordenamientos jurídicos) de que el sexo viene determinado por los cromosomas, y el criterio minoritario de que cabe una nueva interpretación conforme a la cual —como quiere el recurrente—, el sexo psíquico debe prevalecer, incluso legalmente, sobre el sexo cromosómico. Se trata, pues, de una discusión filosófica-jurídica sobre los modelos que adopte el ordenamiento jurídico en las relaciones entre naturaleza y cultura, biología y Derecho, que no está cenada.

29. Este Tribunal ha establecido que no cabe dictar precedentes vinculantes "sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública" (STC 3741-2004 AA/TC, fundamento 46). Igualmente, aunque aquí no se esté considerando la emisión de un precedente vinculante, del espíritu de esa autolimitación del Tribunal Constitucional puede rescatarse que no puede acogerse una tesis como la del recurrente, que plantea la absoluta prevalencia en el transexual operado del sexo psicológico sobre el cromosómico, y consecuentemente darle efectos legales al primero, si consta a este Tribunal que este planteamiento actualmente está sujeto a ardua polémica en diversos campos. Y aun admitiéndose que la especificación sexual pudiera no agotarse en el aspecto cromosómico, cabría preguntarse si resulta admisible una forma de especificación que prescinda en absoluto de él.

30. Consecuentemente mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico —como plantea el recurrente—, el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que —también según la ciencia— es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de "la naturaleza de las cosas" (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico.

31. Por todo ello este Tribunal juzga que debe desestimarse la pretensión del recurrente de modificar el sexo masculino en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M., pues, por las razones aquí expuestas, este Tribunal

no puede eximir a P.E.M.M. de la exigencia que impone el ordenamiento constitucional de que el sexo de la persona consignado en el registro de estado civil corresponde a su sexo biológico.

32. En otro orden de cosas, este Tribunal es consciente de que una decisión favorable al pedido de cambio de sexo de P.E.M.M., podría generar que se invocara este caso para estimar casos similares —teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional sobre la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante (cfr. STC 4853-2004-PA/TC, fundamento 15)—, por lo que no puede dejarse de considerar los efectos o el impacto que una decisión estimatoria en este caso tendría sobre el ordenamiento jurídico, máxime si en su actuación como intérprete de la Constitución este Tribunal debe observar el principio de previsión de consecuencias, derivado del artículo 45 de la Constitución, que ordena a todos los poderes públicos actuar con las responsabilidades que ella exige (cfr. STC 5-2005-CC/TC, fundamento 58).

33. Desde esta perspectiva, estimar el pedido del recurrente acarrearía, de entrada, los siguientes impactos en nuestro ordenamiento jurídico: 1) que una persona pueda cambiar a voluntad su sexo en el registro civil; 2) admitir el matrimonio de personas del mismo sexo, ya que un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico.

34. En efecto, de obtener el recurrente un pronunciamiento estimatorio, P.E.M.M. podría reclamar cuanto sea inherente a la condición de mujer, pues la consecuencia de estimar la pretensión comprende la adquisición de cuantas expectativas, facultades y derechos pudieran asistirle desde la sobrevenida condición legal femenina; un nuevo status a partir del cual no podría menos que serle reconocida la capacidad para contraer matrimonio, el *ius connubii* o *ius nubendi*. Y ya que, según ha visto, jurídicamente el sexo se define según el sexo cromosómico, la consecuencia de la modificación del sexo en el registro civil es que no habrá obstáculo para el matrimonio de un transexual con una persona del mismo sexo que el suyo de origen. La admisión de un transexual al nuevo sexo implica, entonces, el reconocer el matrimonio homosexual, lo cual también plantea el problema de la adopción de menores por esta nueva pareja.

35. Si la sentencia de este Tribunal ordena el cambio legal de sexo de P.E.M.M. que pasa a tener el sexo femenino, no sería viable introducir limitaciones, como prohibirle contraer matrimonio con varón, pues éstas podrían ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo, además de resultar una incongruencia con lo pretendido, que es el más pleno reconocimiento legal de la condición femenina.

36. De esta forma, este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico si el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) y el principio de corrección funcional (cfr. STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12), pues tal matrimonio —en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil— debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus

representantes (artículos 43, 45 y 90 de la Constitución), por lo que su discusión y eventual decisión debe hacerse en sede legislativa —cuyo producto legal podrá luego estar sujeto, por supuesto, al control de la jurisdicción constitucional—, pero no jurisprudencialmente, ya que el diálogo democrático implica la discusión abierta al pueblo y a los parlamentarios que lo representan. Lo contrario significaría que este supremo intérprete de la Constitución desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado al Congreso de la República, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional, presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, que debe encontrarse siempre plenamente garantizado.

37. Además, amparar el pedido del recurrente implicaría una serie de consecuencias adicionales, sean éstas aplicables al caso de P.E.M.M. o de otras personas que eran acogerse a lo resuelto en este caso, de gran impacto y complejidad especialmente en el campo del Derecho civil, que este Tribunal no puede resolver in, nuevamente, invadir competencias propias del legislador, contraviniendo los principios de separación de poderes y de corrección funcional.

38. Así, 1) habría que determinar la edad mínima para solicitar el cambio de sexo en el registro de estado civil; 2) si la intervención quirúrgica debe ser autorizada por un juez; 3) si el cambio de sexo en el registro civil requiere orden judicial o basta una petición en sede administrativa (como afirma P.E.M.M. que le ocurrió en España, cfr. fojas 31 del expediente judicial que viene como acompañado); 4) si se requieren o no pericias o informes médicos y/o psicológicos que diagnostiquen el trastorno transexual y el número de estos dictámenes; 5) si se exigirá o no un período mínimo de tratamiento médico para acomodar las características físicas del transexual a las del sexo reclamado, y un tiempo mínimo de vivir según el sexo deseado antes del cambio de sexo en el registro civil. También, si para el cambio registral de sexo es necesaria o no la previa cirugía transexual. En caso que ésta no se exigiera (como ocurre en la legislación española: Ley 3/2007, de 15 de marzo, artículo 4), podría ocurrir que una persona originalmente de sexo masculino que ha conseguido cambiar su sexo en el registro civil a femenino, "termine absurdamente por generar —a pesar de haber sido jurídicamente reconocida como "mujer"—un hijo, el mismo que tendría, paradójica y formalmente, dos madres, careciendo de la figura paterna" (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima 1990, p. 254).

39. Asimismo sería necesario determinar si los efectos del cambio de sexo en el registro civil se dan a partir de que éste se efectúa ("ex nunc") o desde el nacimiento del transexual ("ex tunc"), es decir, si la modificación registral es constitutiva o declarativa. Tendría que tenerse una respuesta también, en la hipótesis de que el transexual hubiera estado casado, al problema de si el cambio de sexo en el registro civil acarrearía la disolución del matrimonio y, en relación a los hijos nacidos en éste, el trastrueque de la relación paterno-filial antecedente por la materno-filial (o viceversa), pudiendo alcanzarse así una situación familiar de hijos con dos madres o con dos padres, con la

consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad. Habría en general que considerar y dar previsiones jurídicas a las consecuencias de todo orden que el cambio de sexo en el registro civil lleva aparejadas, especialmente en todas las relaciones jurídicas en que el sexo de la persona haya sido determinante para su constitución.

40 Respecto al problema del matrimonio anterior al cambio de sexo en el registro civil, se ha advertido desde la doctrina: "Es fácil comprender las muy graves consecuencias que para la vida familiar, protegida por las diversas constituciones que rigen a todos los estados del planeta, tendría el facilitar al transexual casado, en mérito a causales sobrevinientes al matrimonio, el cambio de sexo. Aparte de la destrucción de la vida familiar se lesionaría el derecho del cónyuge y de los hijos, en particular si son menores de edad (...) Si, por un lado, el cónyuge ve frustrado su matrimonio, del otro, los hijos menores quedarán desconcertados frente a la mutación sexual del padre o de la madre. De repente, sin comprenderlo, tendrán s padres o dos mamás, según el caso. Es fácil imaginar el daño que en la nación del niño puede producir esta insólita situación. El problema no se reduce, por cierto, a que el juez pueda, llegado el caso hipotético, determinar a quién corresponde la tenencia de los hijos menores o fije las reglas de las visitas y aquellas concernientes al mantenimiento de los mismos. No se trata de manipular objetos inanimados e insensibles. La situación, como es fácil percibir, es mucho más profunda y preocupante. Ello obliga a tener muy en cuenta este aspecto en lo que atañe a un posible cambio de sexo de una persona casada" (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima 1990, pp. 235-236).

41. Además la modificación del sexo en el registro civil no sería posible sin inevitables consecuencias de defraudación a terceros si, por ejemplo, en caso llegara a permitirse al transexual el matrimonio según el nuevo sexo, la otra parte no tuviera forma de conocer que se ha dado esa modificación, pues lo contrario, además de hacer cómplice al registro civil de un posible engaño, daría lugar a un matrimonio cuya anulabilidad podría solicitar el cónyuge perjudicado por el "error sobre la identidad física del otro contrayente" (artículo 277, inciso 5, del Código Civil).

42. Finalmente, este Tribunal observa que el derecho a la identidad de P.E.M.M. se encuentra debidamente protegido con el cambio de prenombre de J.L. al prenombre femenino de P.E, que se ha efectuado tanto en su partida de nacimiento como en su DNI según refiere el recurrente. De esta forma este Tribunal es del criterio,' sostenido ya en la STC 2273-2005-PHC/TC (punto 2 resolutivo), que en tutela del derecho a la identidad puede admitirse el cambio de prenombre, pero mantenerse intangible un elemento de identidad como el sexo de la persona. Consecuentemente, al estar ya inscrito el cambio de prenombre de P.E.M.M. este Tribunal considera que no se ha acreditado la vulneración de su derecho a la identidad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda, al no haberse acreditado la afectación del derecho fundamental a la identidad.
2. Declarar que la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.
SS.

URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
CALLE RAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA

EXTRACTO DE LA SENTENCIA N° 00032-2010 AI/TC

§2. Fumar ¿forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad?

13. Tanto los demandantes como el Procurador del Congreso de la República, coinciden en señalar que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, restringen el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad. En efecto, en la demanda se sostiene que ello “afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que se les impide actuar su libertad de fumar, aun cuando ello no afecta de ninguna manera los derechos de los no fumadores” (cfr. escrito de demanda, pp. 20 - 21; el énfasis es del original). Por su parte, el Procurador del Congreso, sostiene que “[e]stas restricciones han sido impuestas teniendo en consideración que el ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no está exento de límites. (...). [E]l derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, como todo derecho, no es absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional” (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 34 y 35; el énfasis es del original).

Por cierto, también la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, apersonada en calidad de *amicus curiae*, parece compartir este criterio: “Las personas pueden optar por fumar. Ello es parte de su autodeterminación” (cfr. Informe “Análisis jurídico sobre el proceso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley N° 28705, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29517”, p. 50).

14. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que asumir que fumar es una actividad que se encuentra comprendida dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad, no es algo que pueda darse fácilmente por sobreentendido, por lo que es de recibo analizar si se trata de una posición constitucionalmente correcta.

15. El asunto puede ser planteado en estos términos: el ámbito *iusfundamental* de la Constitución que puede ser limitado por el legislador solo de manera constitucionalmente justificada, ¿está circunscrito a los derechos y libertades que derivan de los específicos mandatos de la Constitución o existe un derecho general de libertad fundamental según el cual todo lo que la Constitución no prohíbe se encuentra constitucionalmente autorizado y protegido, y, en consecuencia, el legislador solo puede limitarlo de manera razonable y proporcional?

Esta interrogante encierra dos posiciones en las que, a su vez, como bien afirma Luis Prieto, “laten dos formas distintas de concebir las relaciones entre el individuo y la comunidad política, es decir, dos filosofías políticas diferentes. La primera (...) entiende que el poder político puede hacer[] todo

[lo que no esté jurídicamente prohibido] sin necesidad de invocar en su favor ninguna justificación especial, de modo que la libertad de los ciudadanos ha de desenvolverse en el ámbito (...) que no ha sido objeto de un mandato o de una prohibición (...). La segunda (...) sostiene que el hombre es naturalmente libre y que debe seguir siéndolo jurídicamente, de modo que los sacrificios que puedan imponerse a esa libertad deben contar con alguna justificación” (cfr. Prieto, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 251 – 252). Como se sustentará a continuación, la segunda posición es el sustento axiológico del constitucionalismo moderno, en general, y de la Constitución peruana de 1993, en particular.

16. En efecto, el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993, hunde sus raíces en la ideología que, con sus respectivos matices, identificó a las revoluciones liberales norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII. De hecho, los rasgos esenciales que compartía el liberalismo político de ambas revoluciones ha llevado a algunos a plantear, no de manera pacífica, la existencia en ese contexto de una “revolución atlántica” (cfr. Godechot, Jacques, “Revolución Francesa o Revolución Atlántica”, en M. J. Villaverde – compilador–, *Alcance y legado de la Revolución Francesa*, traducción de M. J. Lasaosa, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, pp. 109 – 115).

17. Dicho fundamento está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado.

18. Quizá la mejor manera de apreciar la fuerza axiológica de este fundamento sea recordando algunos enunciados de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. (...)” (artículo 1º); “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro; por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites solo pueden ser determinados por la ley” (artículo 4º); “La ley solo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene” (artículo 5º).

Se parte pues de la premisa de que el respeto por la libertad natural del ser humano, debe ser el fundamento principal de todo sistema jurídico, de forma tal que el Estado debe proteger ese espacio amplio y esencial de autonomía moral, a menos que, al ejercerse, se afecte el respectivo ámbito de libertad de otro ser humano.

19. En el Estado Constitucional, la aludida libertad natural se traduce en una libertad jurídica protegida constitucionalmente, de forma tal que todo acto orientado a limitarla debe, de modo obligatorio, encontrarse

constitucionalmente justificado. Este principio medular encuentra expresión en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, conforme al cual “[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; aunque, como se ha dicho, tal obligación o prohibición legal sobre el ejercicio de la libertad, no puede ser cualquiera, sino solo aquélla que encuentre sustento en los propios valores constitucionales.

20. Desde luego, ello no permite afirmar que la Constitución determina en tal medida la acción del legislador que pasa a ser algo así como un “un huevo jurídico originario” del que todo surge, “desde el Código Penal, hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros”, como irónicamente sostuvo en su momento ErnstForsthoff (cfr. *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 242). Lo que se sostiene, simplemente, es que manteniendo el legislador un amplio margen de libre configuración legal, éste encuentra en el contenido protegido de los derechos fundamentales y, más ampliamente, en la libertad *iusfundamental* general del ser humano, un límite *prima facie* que obliga a la acción legislativa a expresarse en términos constitucionalmente razonables y proporcionados.

21. A juicio del Tribunal Constitucional, sin perder de vista ese principio rector reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, existe un derecho subjetivo fundamental que cobija en su contenido constitucionalmente protegido esta libertad general *iusfundamental*.

Tal derecho, como bien lo han advertido las partes de este proceso, es el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aunque en anterior jurisprudencia este Tribunal ha sostenido que éste es un derecho innominado y que, consecuentemente, encontraría su fundamento en el artículo 3º de la Constitución (cfr. STC 0007-2006-PI, F. J. 47), analizadas con mayor detenimiento las cosas, la manifiesta indeterminación de esta cláusula, aconseja a la jurisdicción constitucional –en razón de su carencia de legitimidad democrática directa– a no acudir a ella, a menos que el derecho fundamental cuya esencialidad ética es indiscutida y que es necesario proteger, no derive razonablemente de la semántica de los derechos expresamente enumerados por la Norma Fundamental. Y es que si es posible establecer esta razonable relación, la interpretación constitucional que da cuenta de la existencia jurídica del respectivo derecho fundamental, gozará, además, de un mayor margen de legitimidad democrática al encontrar como fuente directa la expresa mención de un derecho por parte del Poder Constituyente en la Norma Fundamental.

En otros términos, tal como en anterior ocasión ha dejado establecido este Tribunal, “en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos ‘no enumerados’ y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3º de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que

supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita” (cfr. STC 0895-2001-PA, F. J. 5).

22. Así las cosas, el Tribunal Constitucional, tal como quedó establecido en la STC 2868-2004-PA, F. J. 14, considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

Como bien se afirmó en la citada sentencia, “[e]l derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.” (F. J. 14).

23. En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano –en torno a cuya protección se instituye aquél ente artificial denominado Estado– se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales.

De esta manera, esta cláusula general de libertad “viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría truncada en favor de la autoridad”, pues lo que exige “es que el conflicto entre la libertad y el deber se formule precisamente en términos de conflicto constitucional, lo que debe obligar a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora. Sin duda, esto no elimina un amplio margen de discrecionalidad, pero sí intenta eliminar la arbitrariedad” (cfr. Prieto, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 259).

24. En consecuencia, el acto de fumar en tanto manifestación de libertad ejercida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida de que sea respetuoso del principio de proporcionalidad.

25. En tal sentido, la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, en tanto restricciones a la libertad de fumar, constituyen, a su vez, restricciones al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Siendo ello así, tales prohibiciones solo resultarán constitucionales en la medida de que sean respetuosas del principio de proporcionalidad.

EXTRACTO DE SENTENCIA N° 02868-2004 AA/TC

§5. El *ius connubii* como potestad fundamental que forma parte del ámbito del derecho al libre desarrollo de la persona

12. Como se ha expuesto en el fundamento 5, A, de esta sentencia, el recurrente fue sancionado, en total, a 18 días de arresto simple, entre otras razones, por haber cometido falta contra la obediencia. Dicha falta, de acuerdo con la emplazada, se habría cometido “por no haberse cursado la solicitud correspondiente ante la Superioridad pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Sra. Keli Micheli Rojas Minchola, el día 03MAY96”.

Por tanto, la cuestión que ahora corresponde analizar es la siguiente: ¿es admisible constitucionalmente la exigencia de contar con autorización de la institución policial para que sus efectivos, como el recurrente, puedan contraer matrimonio?

13. En primer lugar, el Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho *constitucional* al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional.

Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos *institutos jurídicos constitucionalmente garantizados*. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido.

Se trata de una garantía sobre el instituto que, por cierto, no alcanza a los derechos que con su celebración se pudieran generar, los mismos que se encuentran garantizados en la legislación ordinaria y, particularmente, en el Código Civil. De manera que, desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones.

14. Si no existe un derecho constitucional al matrimonio, ¿quiere ello decir que no tiene protección constitucional la decisión de un efectivo de la PNP

de contraer libremente matrimonio? O, planteado de otro modo, ¿qué es legítimo que un policía tenga que pedir autorización a la PNP para hacerlo?

El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución.

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar- de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración.

15. Es bien cierto que, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un *orden constitucional*, las potestades o facultades que en su

seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio.

En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así sucede, por ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines lícitos, a trabajar libremente, etc.

Sin embargo, ausente una reserva de ley en la disposición que reconoce un derecho fundamental, ello no quiere decir que mediante cualquier norma jurídica se pueda restringir un derecho de por sí considerado limitable. En la STC 1091-2002-HC/TC, este Tribunal sostuvo que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos, en tales casos, debe materializarse sobre base de los literales a) y b), inciso 24°, artículo 2, de la Constitución, que establece, en ausencia de una reserva legal, la sujeción al principio de legalidad [fund. jur. 5].

La sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen *garantías normativas* con los que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio.

Ese es el caso en el que se encuentra el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por un lado, en la medida en que el mismo derecho no se encuentra sujeto a una reserva de ley y, por otro, que las facultades protegidas por este tampoco se encuentran reconocidas de manera especial en la Constitución [como sucede, por el contrario, con las libertades de tránsito, religión, expresión, etc.], el establecimiento de cualquier clase de límites sobre aquellas potestades que en su seno se encuentran garantizadas debe efectuarse con respeto del principio de legalidad.

16. Ciertamente, los niveles de protección que han revestido constitucionalmente los derechos fundamentales no se agotan con las “garantías normativas” [reserva de ley y legalidad]. Aunque la Constitución de 1993 no contenga una cláusula semejante a las existente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o en la Constitución española de 1978, en virtud de la cual se establezca que en la limitación de los derechos el legislador deberá respetar su contenido esencial, lo cierto es que en nuestro ordenamiento tal limitación de los derechos se deriva de la distinción de planos en los que actúa el Poder Constituyente y el legislador ordinario.

Como este Tribunal lo ha recordado en la STC 0014-2002-AI/TC, el respeto al contenido esencial de los derechos constituye un “límite implícito [del Poder Legislativo] derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”. Y es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. “De ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción” [Funds. jurs. 94 y 93, respectivamente].

17. En ese sentido, encontrándose el legislador de los derechos fundamentales obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido respetando tales garantías normativas, no puede suponer la violación de un derecho constitucional.

Tal afirmación también es de recibo en el tratamiento constitucional al cual está sujeto el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitativa de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por él protegidas para que estas se consideren válidas en sí mismas, pues este último juicio solo podrá considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

18. En el caso, se ha acreditado que el recurrente fue sancionado a 18 días de arresto simple como autor de la falta contra la obediencia, por haberse casado sin contar con la autorización de la PNP. El Tribunal Constitucional considera que dicha sanción viola el principio de legalidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A) En primer lugar, afecta el principio de legalidad, pues, como antes se ha expuesto, el *ius connubis* está sujeto a la exigencia del literal a), inciso 24 artículo 2°, de la Constitución. Y, por tanto, no se puede sancionar a un servidor público por no haber solicitado su autorización, como se ha hecho con el recurrente.

No enerva el juicio de haberse infringido el principio de legalidad, el hecho de que la sanción haya sido impuesta en mérito del Régimen Disciplinario de la PNP, pues como se expuso en el Fund. Jur. 24 de la STC 2050-2002-AA/TC, en el momento en que se juzgaron administrativamente los hechos, tal régimen disciplinario no había sido publicado en el diario oficial *El Peruano*, conforme lo ordena el artículo 109 de la Constitución Política del Estado, por lo que no era obligatoria.

Tampoco ponen en entredicho tal juicio los artículos 50 y 67 del Decreto Legislativo N.º 745 [el primero de los cuales establece que se pasará al retiro al efectivo que no solicite autorización para contraer nupcias con un extranjero, y el segundo que “El personal de la Policía Nacional en Situación de Actividad o Disponibilidad, para contraer matrimonio con persona extranjera, requerirá autorización por Resolución del Director General de la Policía Nacional”, y sobre cuyos alcances este Tribunal no se detendrá]. En efecto, tales dispositivos legales no fueron de aplicación al caso del recurrente, dado que la persona con la que se casó no era extranjera, y tampoco se le impuso la sanción de pase al retiro por medida disciplinaria, porque sencillamente no era una norma aplicable.

B) En segundo lugar, el Tribunal considera que se ha violado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que así se hubiese satisfecho el principio de legalidad, la exigencia de contarse con una autorización de la PNP para que uno de sus efectivos contraiga matrimonio constituye una intolerable invasión de un ámbito de libertad consustancial a la estructuración de la vida privada del recurrente. Este último, como todo ser humano, es libre de decidir con quién contrae matrimonio y cuándo lo celebra, sin que para ello requiera el visto bueno de un órgano estatal, por más que se preste servicios en dicha institución.



Proyecto de Ley N° 2647/2013 - CR

Carlos Bruce
Congresista de la República

Congreso de la República

*Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo*



El Congresista Carlos Bruce del Grupo Parlamentario "Concertación Parlamentaria", ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que le confiere el Artículo 107° de la Constitución Política del Perú, en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 76° del Reglamento del Congreso, presenta la siguiente propuesta legislativa:

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE ESTABLECE LA UNIÓN CIVIL NO MATRIMONIAL PARA PERSONAS DEL MISMO SEXO

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1º.- Unión Civil

A los efectos de esta Ley, se entiende por Unión Civil No Matrimonial, a la unión voluntaria conformada por dos personas del mismo sexo con el fin de establecer y garantizar derechos y deberes, el uno para con el otro, dispuestos en la presente Ley.

Para ello se inscribe la declaración de Unión Civil No Matrimonial en el Registro Personal de los Registros Civiles debiendo los integrantes tener domicilio legal en el Perú, por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en que solicitan la inscripción.

Los integrantes de una Unión Civil No Matrimonial se denominan compañeros civiles.

Artículo 2º.- Inscripción de las Uniones Civiles No Matrimoniales

Procede la inscripción de las Uniones Civiles No Matrimoniales entre personas del mismo sexo, cuando lo hayan solicitado voluntariamente ante el Registro Civil, quien verificado lo dispuesto en el artículo 1° de la presente ley, mandará a publicar un extracto de la solicitud de conformidad con lo establecido en el artículo 13º de la Ley N° 26662.

Transcurrido quince (15) días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición, se extiende la declaración del reconocimiento de la unión civil entre los solicitantes. El registro civil establecerá un libro de registro de uniones civiles no matrimoniales.



Congreso de la República

Carlos Bruce
Congresista de la República

**Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo**

Artículo 3º.- Prueba

Para el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1º, a efectos de proceder a la inscripción de la unión civil, se requerirá la presencia de dos (2) testigos, los que la acreditarán fehacientemente, la libre expresión de voluntad de los solicitantes.

Artículo 4º.- Derechos y Deberes

Los integrantes de la unión civil no matrimonial tienen derecho a:

- a. Formar una sociedad de gananciales a partir del momento en que se inscribe la declaración, salvo pacto expreso en contrario, en cuyo caso, se registra la separación de patrimonios ante notario y se agrega en el registro en el momento de la celebración de la Unión Civil No Matrimonial.
- b. Los compañeros civiles recibirán el mismo tratamiento y tendrán los mismos derechos que un pariente de primer grado en los siguientes casos:
 1. Visitas a hospitales, centros médicos y cualquier otro establecimiento de salud.
 2. Toma de decisiones para el inicio de tratamientos quirúrgicos de emergencia, en caso de que el otro integrante de la unión civil no pueda expresar su voluntad.
 3. Visitas íntimas en centros penitenciarios, en caso de que el otro integrante de la unión civil se halle privado de la libertad.
 4. Recibir alimentos del otro integrante de la unión civil, de acuerdo a lo establecido por los artículos 472º y siguientes del Código Civil.
 5. Derecho de habitación, vitalicio y gratuito, sobre la casa en que existió el hogar doméstico, en caso de fallecimiento del otro integrante de la unión civil, aplicándose, en lo que corresponda, los artículos 731º y 732º del Código Civil.
 6. Adquirir la nacionalidad peruana en caso de ser extranjero, luego de 2 años de haber celebrado una Unión Civil No Matrimonial con un ciudadano peruano.
 7. En Seguridad Social, si uno de los integrantes de la Unión Civil No Matrimonial no tuviera cobertura de seguridad social, podrá ser inscrito como beneficiario por su compañero doméstico para que goce de los beneficios a los que el titular tenga derecho. Esto incluye, de modo enunciativo más no limitativo: El acceso a atención de salud de la pareja en ESSALUD y EPS; la cobertura de seguros; la pensión de invalidez de ESSALUD; las pensiones de sobrevivencia en AFP; el régimen mancomunado de jubilación en ONP y la pensión de viudez en la ONP.
 8. Respecto al Estado Civil, los integrantes de la unión civil tienen la obligación de inscribir en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) su cambio de estado civil y de



Carlos Bruce
Congresista de la República

Congreso de la República

**Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo**

cambiar su Documento Nacional de Identidad (DNI) para que en él figure su condición de integrantes de una Unión Civil No Matrimonial.

- c. Los integrantes de la Unión Civil No Matrimonial recibirán protección contra la violencia familiar y otros beneficios de promoción social que pueda brindar el Estado, especialmente los programas de acceso a la vivienda.

Artículo 5º.- Impedimentos

No pueden constituir una unión civil:

- a. Los menores de edad.
- b. Los consanguíneos en línea recta y/o en línea colateral hasta el segundo grado.
- c. Los afines en línea recta y/o en el segundo grado de la línea colateral.
- d. El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas recta y/o colateral dentro de los grados señalados en los incisos b y c para la consanguinidad y la afinidad.
- e. El condenado o el procesado como participe en el homicidio doloso de una persona que conforma una Unión Civil No Matrimonial, matrimonio o unión de hecho, con el sobreviviente.
- f. Los que se encuentren unidos en matrimonio o unión de hecho, mientras subsista.
- g. Los que deseen establecer una segunda unión civil no matrimonial mientras subsista una primera no disuelta.
- h. Los declarados incapaces.

Artículo 6º.- Disolución

La Unión Civil No Matrimonial queda disuelta por:

- a. El mutuo acuerdo.
- b. La muerte de uno de los integrantes de la unión civil.
- c. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
- d. El atentado contra la vida del compañero.
- e. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común, que el juez apreciará según las circunstancias.
- f. El abandono injustificado del hogar por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
- g. La conducta que haga insoportable la vida en común, que el juez apreciará según las circunstancias.
- h. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración de la Unión Civil No Matrimonial.
- i. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.



Carlos Bruce
Congresista de la República

Congreso de la República

**Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo**

- j. La separación de hecho de los integrantes de la unión civil durante un período ininterrumpido de dos años.
- k. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración de la Unión Civil No Matrimonial.

Artículo 7°.- Procedimiento de Disolución de la Unión Civil no Matrimonial

Cuando la disolución de la Unión Civil no Matrimonial sea de mutuo acuerdo, se realizará ante los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio en común o de donde se celebró la unión civil.

Para solicitar la separación convencional de la unión civil los integrantes de la Unión Civil deberán carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar con la Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial.

La solicitud de disolución convencional de la unión civil y ulterior disolución de la unión civil se presenta por escrito, señalando nombre, documentos de identidad y el último domicilio en común, con la firma y huella digital de cada uno de los compañeros civiles.

El contenido de la solicitud expresa de manera indubitable la decisión de poner fin a la unión civil.

A la solicitud se adjuntan los siguientes documentos:

- a. Copias simples y legibles de los documentos de identidad de ambos compañeros civiles;
- b. Acta o copia certificada de la Partida de Unión Civil, expedida dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud;
- c. Declaración jurada, con firma y huella digital de cada uno de los integrantes de la unión civil;
- d. Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de separación de patrimonios; o declaración jurada, con firma e impresión de la huella digital de cada uno de los integrantes de la unión civil, de carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales; y
- e. Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, si fuera el caso.

El alcalde o notario que recibe la solicitud, verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5, luego de lo cual, en un plazo de quince (15) días, convoca a audiencia única.



Carlos Bruce
Congresista de la República

Congreso de la República

***Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo***

En caso de que la disolución convencional de la unión civil se solicite en la vía municipal, se requerirá del visto bueno del área legal respectiva o del abogado de la municipalidad sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos.

Respecto a las otras causales, el procedimiento a seguir es el regulado por los artículos 334 a 342, 356 a 360 contemplados en el Código Civil.

Artículo 8°.- Causales de Nulidad de la Unión Civil No Matrimonial

La Nulidad de la Unión Civil No Matrimonial se regirá de acuerdo a lo correspondiente a la Nulidad del Acto Jurídico de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 219° del Código Civil.

También serán causales de Nulidad de la Unión Civil No Matrimonial:

1. El matrimonio, unión de hecho o Unión Civil No Matrimonial previa y vigente de alguno de los contrayentes.
2. La consanguineidad o afinidad en línea recta.
3. La consanguineidad en segundo grado de la línea colateral.
4. La afinidad en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio, unión de hecho o Unión Civil No Matrimonial anterior se finiquitó por divorcio o disolución y el ex-cónyuge o ex-compañero vive.
5. La condena por homicidio doloso de uno de los compañeros civiles y/o conyugues con el sobreviviente a que se refiere el artículo 5, inciso e) de esta ley.

Artículo 9°.- Acción de nulidad

La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual. Si la nulidad es manifiesta, el juez la declara de oficio. Sin embargo, disuelta la Unión Civil No Matrimonial, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la nulidad ni el juez declararla de oficio.

Artículo 10°.- Celebración de contratos

Las personas que conforman una Unión Civil pueden celebrar contratos que regulen sus relaciones personales y efectos patrimoniales derivados de la convivencia, como así también las compensaciones económicas que consideren adecuadas para el caso de disolución de la unión, siempre que el objeto de los contratos no sea contrario a la ley, el orden público ni las buenas costumbres.



Congreso de la República

Carlos Bruce
Congresista de la República

**Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo**

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Única.- Modifíquese el Artículo 816º del Código Civil, respecto a las Órdenes sucesorias, con el texto siguiente:

"Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o compañero civil, o en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto ordenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad".

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- Las Derogatorias

Deróguese todas normas y disposiciones legales que se opongan a la presente ley.

Segunda.- Vigencia de la Ley

La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

DEFINICIONES

Como aclaración y para efectos de este proyecto de ley, se entiende como gais y lesbianas, a las personas homosexuales adultas con una orientación sexual y afectiva hacia personas adultas de su mismo sexo.

Se entiende también que la orientación sexual es una característica innata de la persona humana, que por lo tanto no elige ni puede alterar. Además, según la American Psychological Association, la American Psychiatric Association y el Royal College of Psychiatrists, tres de las instituciones más prestigiosas del mundo en el estudio de la mente, la homosexualidad es una expresión natural y normal, si bien menos común, de la sexualidad humana y no se le considera un trastorno mental. Esta realidad es también reconocida por la Organización Mundial de la Salud.

PROBLEMÁTICA DE LAS PAREJAS DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Las personas lesbianas y gais en el Perú gozan al nacer de los mismos derechos civiles y protección bajo la ley que cualquier otro ciudadano, pues la República del Perú es un Estado democrático donde la discriminación es inconstitucional. Sin embargo, al llegar a cierta edad y reconocerse o



Carlos Bruce
Congresista de la República

Congreso de la República

**Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo**

declarar su homosexualidad, pierden el derecho fundamental a reconocer legalmente sus relaciones de pareja ante el Estado. Las parejas heterosexuales tienen la figura del matrimonio civil y unión de hecho, con la cual gozan de ciertos derechos y deberes, mientras que las parejas de personas del mismo sexo no cuentan con ninguna institución legal que los reconozca. La persona heterosexual tiene derecho a que el Estado reconozca a la persona que ama como su pareja ante la ley (casarse), la persona homosexual no tiene el mismo derecho. Siendo éste un derecho que tienen todas las personas heterosexuales en el Perú, más no las homosexuales, pone para todo efecto práctico a las personas lesbianas y gays en la categoría de ciudadanos de segunda clase, con derechos disminuidos.

Ahora, si las personas lesbianas y gays pagan los mismos impuestos y gozan de la misma ciudadanía, deben gozar de algún tipo de reconocimiento de derechos, por lo que se propone la creación de una institución que reconozca los derechos de las parejas del mismo sexo de acuerdo a sus particularidades. En este momento se encuentran excluidos de toda institución que reconozca sus parejas.

Dada esta situación, si el Estado peruano no reconoce a dichas parejas con alguna figura legal, estaría perpetuando la discriminación, en violación al artículo 2 de la Constitución donde señala que "nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". El término "cualquier otra índole" fue incluido para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas.

Por estas razones, y con el fin de inclusión para este grupo social, este proyecto de ley plantea la figura de la Unión Civil No Matrimonial para personas del mismo sexo, con la cual se crea una institución diferente del matrimonio civil y la unión de hecho, pero que otorga derechos y deberes a las parejas homosexuales.

LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Existe en el Perú todo un sector de la población, como las lesbianas y gays, excluido de ciertos derechos civiles que todos los demás gozan. Estas personas sufren discriminación por parte del Estado peruano por las razones que se argumentan en este documento.

En el artículo 2º de la Constitución Política del Perú se señala que "nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". El término "cualquier otra índole" fue incluido para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas.

La orientación sexual e identidad de género de las personas constituyen categorías protegidas en el ordenamiento constitucional peruano. Aunque diversas normas no lo reflejen expresamente, los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, así como las interpretaciones y jurisprudencia de sus órganos de seguimiento, no dejan lugar a dudas respecto a que debe entenderse que las categorías "cualquier otra índole" o "sexo" hacen referencia a la protección a



Carlos Bruce
Congresista de la República

Congreso de la República

***Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo***

las personas GLBT. En ese entendimiento, diversos sectores del Ejecutivo así como gobiernos regionales y locales han desarrollado normas que desarrollan estas categorías.

Según nuestra Constitución, la persona humana es el fin supremo de la sociedad (artículo 1º), la enumeración de los derechos fundamentales no es excluyente (artículo 3º), todos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución (artículo 38º), es deber del Estado la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44º), los tratados en vigor forman parte del derecho nacional (artículo 55º), si el tratado afecta la Constitución debe ser aprobado como una reforma constitucional (artículo 57º), si se agota la jurisdicción interna, el agraviado puede ir a instancias internacionales (artículo 205º) porque la Constitución se interpreta según la Declaración Universal de los Derechos Humanos y tratados internacionales de los que Perú es parte (4ta Disposición Final y Transitoria). Además, el Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados internacionales ratificados por el Perú tienen rango constitucional y forman parte del bloque constitucional de derechos (expedientes 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, fundamentos jurídicos 7 y 25, respectivamente).

Cabe mencionar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibidas consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El mismo comité determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo "otra condición social".

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH se ha pronunciado recientemente en contra de la negación de derechos a personas únicamente por su orientación sexual. En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (sentencia del 24 de febrero de 2012), en el que se determinó que el Estado chileno discriminó a una mujer por su condición de lesbiana, la corte señala claramente en el párrafo número 79 que "es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación". En el párrafo número 80 expresa que los Estados deben abstenerse de "crear situaciones de discriminación de jure o de facto".

En esta sentencia, la Corte estableció que "la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término 'otra condición social'", por lo que el conjunto del cuerpo jurídico interamericano debe no solamente prohibir las diferencias en la administración de justicia, sino que debe prevenir y eliminar activamente dicha discriminación. Es decir, "los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos".

Con respecto al debate que se da en el país acerca de la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la CIDH también ha señalado en la misma sentencia (párrafo número 92) que "la presunta falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los



Carlos Bruce
Congresista de la República

Congreso de la República

**Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo**

derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”.

El párrafo número 93 de la misma sentencia de la CIDH nos recuerda que “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual” pues ello violaría el artículo 1.1 de la Convención Americana.

También se debe considerar que el 22 de diciembre del año 2008, la Asamblea General de la ONU adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (A/63/635, párrafo 3), que reafirma el “principio de no-discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. El mismo Consejo aprobó el 15 de junio del año 2011 (A/HRC/17/L.9/Rev.1) una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresa la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”.

Durante el año 2012, y lo que va del 2013, el Perú ha sido evaluado por organismos supranacionales que le han recomendado que enfrente la discriminación y violencia contra las personas gays y lesbianas. El Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), el Examen Periódico Universal (EPU) y el Comité De Derechos Humanos pidieron, específicamente, que se adopten medidas para proteger a sus derechos humanos en condiciones de igualdad; que se procese de manera efectiva los actos de violencia y crímenes; que se agilice la aprobación de legislación específica para prohibir la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual; y el uso de los Principios de Yogyakarta (sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género) como guía para la elaboración de políticas.

Por otro lado, se reconoce la importancia de las ordenanzas regionales y municipales que prohíben la discriminación y que incluyen entre sus causales los motivos de orientación sexual. De los 25 gobiernos regionales, 10 han emitido una ordenanza contra la discriminación que contiene el tema de la orientación sexual, además, de 195 gobiernos provinciales, 18 se han manifestado contra la discriminación hacia las personas lesbianas y gays a través de sus ordenanzas.

IMPORTANCIA DE UNA LEY QUE RECONOZCA LA UNIÓN CIVIL DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Esta ley es importante ya que beneficia a la sociedad en su conjunto por las siguientes razones:

- a. Las uniones civiles promueven la estabilidad para las parejas de personas del mismo sexo. La institución que se plantea aquí le da estabilidad emocional, financiera y psicológica a las parejas lesbianas y gays, y promueve las relaciones estables y monógamas, algo que beneficia a la sociedad en conjunto.



Congreso de la República

Carlos Bruce
Congresista de la República

***Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo***

- b. Las parejas de personas del mismo sexo ante diversos problemas pueden apoyarse el uno al otro solidariamente, ya que gozarían de derechos tributarios, seguridad social, de poder tomar decisiones en uno por el otro etc., y de esta manera es menos probable que el problema tenga que recaer en la sociedad y el Estado.
- c. Las parejas de personas del mismo sexo, al ser reconocidas legalmente, forman también unidades económicas estables y por lo general con un patrimonio más grande. Esto contribuye positivamente a la riqueza nacional, la cual se expresa en mayor consumo, mayor tributación, y dependiendo del contexto económico un mayor ahorro también, todo lo cual da un aporte interesante al crecimiento de la economía.
- d. A toda sociedad le conviene también que los ciudadanos adultos formen parejas estables, relaciones monógamas y de mutuo respeto. En este momento, las personas lesbianas y gais no cuentan con una institución que promueva ni respalde dicha situación ideal, sino que están limitados a permanecer legalmente solteros el resto de sus vidas. Si nuestra sociedad promueve dichas relaciones estables, y si la sociedad quiere que las personas lesbianas y gais lleven vidas monógamas y sanas, por consistencia debe también proveerles de una figura legal que los respalde e incentive.
- e. El aumento del porcentaje de parejas estables de todo tipo minimiza diversos problemas sociales, uno de los más importantes siendo la prevalencia de enfermedades de transmisión sexual. Conviene por lo tanto a la sociedad también que las parejas de personas del mismo sexo establezcan lazos permanentes por un tema de salud.
- f. La sociedad peruana cree en los lazos que nos unen como personas. La sociedad es más fuerte cuando hacemos compromisos el uno con el otro, y nos apoyamos el uno al otro. Es por esto que la sociedad y el Estado deben apoyar las uniones de personas del mismo sexo, pues está en línea con sus creencias más arraigadas.
- g. Incluir a este grupo social que actualmente se encuentra excluido del derecho a unirse formalmente en pareja va a contribuir a fortalecer y cohesionar aún más nuestra sociedad, la cual ya sufre por sus divisiones. No nos conviene mantener en la exclusión a más grupos sociales. Esta propuesta además va a acorde con la filosofía de inclusión social del actual gobierno y los esfuerzos de inclusión que vienen dándose en la sociedad peruana de las últimas décadas.
- h. Es evidente también, que las personas lesbianas y gais no van a dejar atrás su orientación sexual por falta de una ley como esta, e igual van a seguir juntándose en parejas, por lo que este proyecto busca institucionalizar una realidad vigente para hacer a la sociedad más fuerte y cohesionada.



Carlos Bruce
Congresista de la República

Congreso de la República

**Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo**

- i. Que el Estado reconozca oficialmente a las parejas de personas del mismo sexo con estas uniones civiles afirma que las parejas de personas del mismo sexo tienen el mismo valor que cualquier otra, y da un mensaje positivo y reafirmante a aquellas jóvenes lesbianas y gays que se sienten inseguras y temerosas de enfrentar la vida.
- j. Toda sociedad, incluida la peruana, tiene un porcentaje de personas lesbianas y gays que se estima entre el 4 y el 8% dependiendo de la fuente que se consulte. A toda sociedad le conviene que dichas personas vivan de manera libre, con relaciones reconocidas y estables, y sin represión. La represión de la sexualidad y la afectividad es, según la experiencia humana y la psicología moderna, peligrosa para la salud mental de los individuos. Ninguna sociedad quiere tener a un porcentaje significativo de su población viviendo en represión sexual y afectiva, pues esto trae toda una serie de problemas sociales, desde violencia doméstica, hasta comportamiento antisocial, drogadicción y altas tasas de suicidios.

OBLIGACIONES DEL ESTADO FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS LESBIANAS Y GAIS

El Estado peruano es una democracia, y en una democracia las minorías también tienen derechos igualitarios. Un gobierno democrático tiene el deber de proteger a sus minorías del abuso de la mayoría, pues 'democracia' significa el gobierno del pueblo, y todos son parte de éste. De esta manera se evita la llamada 'tiranía de la mayoría', una tergiversación frecuente del concepto democrático. Las minorías en una democracia tienen voz y voto, y sus derechos no pueden ser violados por simple opinión popular.

Los prejuicios de la sociedad contra las personas lesbianas y gays no deben ser tomados en cuenta por el Estado para restringir derechos civiles. Si bien algunas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la religión o la orientación sexual de las personas, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios.

Los Estados deben también hacer lo posible por elevar los índices de felicidad de la población, una estadística que en el mundo cobra cada vez más importancia. Proveer a un importante sector de la población como las personas lesbianas y gays con igualdad de derechos civiles eleva los índices de felicidad de este sector y en especial de todas aquellas parejas que serían beneficiadas con estos derechos.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Existen ya más de 60 países y/o territorios cuyos Estados reconocen de manera oficial a parejas de personas del mismo sexo y cuentan con instituciones que los respaldan, ya sea matrimonios civiles o uniones civiles similares a las que se plantea en este proyecto de ley. Varios de éstos se encuentran en nuestra región (5 países, partes de México y Venezuela). Ninguno de los siguientes territorios mencionados ha sufrido las calamidades que se argumentan contra estas leyes, como la



Carlos Bruce
Congresista de la República

Congreso de la República

**Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo**

legalización del incesto o la poligamia, ni la desintegración de la sociedad o la familia. Los territorios son los siguientes:

1. Matrimonio civil para personas del mismo sexo:

Argentina, Uruguay, Brasil, Canadá, Francia, Portugal, España, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Suecia, Noruega, Islandia, Sudáfrica, Nueva Zelanda, la Ciudad de México, el estado de Quintana Roo en México, y en EEUU los estados de Washington, Minnesota, Iowa, Maryland, Delaware, Nueva York, Connecticut, Rhode Island, Massachusetts, Vermont, New Hampshire, Maine y la ciudad de Washington D.C.

2. Uniones civiles y similares para personas del mismo sexo:

Ecuador, Colombia, Alemania, Gran Bretaña, Austria, Rep. Checa, Andorra, Finlandia, Suiza, Irlanda, Luxemburgo, Liechtenstein, Hungría, Eslovenia, Croacia, las dependencias de Groenlandia, Jersey y la isla de Man, el estado mexicano de Coahuila, el estado venezolano de Mérida, los estados australianos de Victoria, Queensland, Tasmania y Nueva Gales del Sur, y en EEUU los estados de California, Colorado, Hawaii, Illinois, Nueva Jersey, Nevada, Oregon y Wisconsin.

Es relevante mencionar también, por ser un país vecino y una sociedad muy similar a la nuestra, que la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-577/11, exhortó al Congreso colombiano que legalice el matrimonio civil para personas del mismo sexo, y ha dado como fecha límite el 20 de junio del 2013.

ARGUMENTOS EN RESPUESTA A LA OPOSICIÓN DE LAS UNIONES CIVILES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

El Estado no puede negar o limitar derechos civiles a un sector de la población en base a estereotipos o generalizaciones. La realidad ha demostrado que los estereotipos y argumentos acusatorios contra las personas homosexuales han estado generalmente basados en la ignorancia y la superstición y se responden a continuación:

- a. El matrimonio civil no es un sacramento religioso, sino una institución y un contrato civil. Es un concepto distinto y separado del sacramento del matrimonio. Por lo tanto, la figura que se propone en este proyecto no intenta imitar, reemplazar o competir con un sacramento religioso, sino que intenta establecer una institución civil paralela a la del matrimonio civil, que sirva para personas lesbianas y gays. El sacramento del matrimonio nada tiene que hacer con este proyecto, ni mucho menos se vería afectado por éste.
- b. La figura de las uniones civiles para personas del mismo sexo no desvirtúa ni ataca a la familia tradicional, pues ésta otorga derechos a personas que actualmente no lo tienen; no quita ni limita derechos a nadie. No afecta tampoco la capacidad o libertad de personas



Carlos Bruce
Congresista de la República

Congreso de la República

**Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo**

heterosexuales de seguir formando familias. Además, lo que hace es reconocer la existencia de distintos tipos de hogares sumando a todo un grupo social que actualmente no es reconocido como tales, no inventa ni crea realidades que no existen.

- c. Se argumenta también que Dios en la Biblia condena la homosexualidad y que por lo tanto el gobierno no debe ir en contra de la voluntad de Dios (a pesar de que muchos eruditos bíblicos rechazan esta interpretación). Debemos recordar sin embargo, que la República del Perú no es una teocracia, sino un estado secular en donde la legislación nacional no puede dar preferencia a las concepciones de una religión u otra, y en donde las políticas de Estado no pueden basarse sólo en pasajes de textos sagrados, sino en argumentos sólidos respaldados por evidencia, lógica, razón y experiencia humana.
- d. Esta ley tampoco incentiva la homosexualidad como mal se argumenta. Al ser la orientación sexual algo innato a la persona humana, no existe tal cosa como 'incentivar la homosexualidad'. Lo que sí podría incentivar una ley como esta es la auto-aceptación y la autoestima de personas lesbianas y gays, lo cual beneficia a todo este sector de la población.
- e. Se dice que el reconocimiento legal de parejas existe con el único fin de respaldar la procreación. La capacidad o voluntad de procreación no es actualmente un requisito para entablar un matrimonio civil o unión de hecho; de lo contrario el Estado tendría que anular los matrimonios o uniones de hecho de personas que nunca tuvieron hijos en su etapa fértil, y negar estos a parejas infértiles o de edad avanzada.
- f. Se dice que el reconocimiento a parejas no-comunes o no-tradicionales como las personas lesbianas y gays dará pie a la normalización de toda clase de conductas aberrantes como el incesto, la poligamia, la zoofilia, la pedofilia, etc. Este es un argumento falaz y proveniente del miedo, pues no existe ninguna evidencia que pruebe la correlación o causalidad de las uniones de parejas del mismo sexo con todos estos otros comportamientos. Por último, no se puede negar derechos civiles a todo un sector de la población por miedo a una serie de enfermedades sociales que no están relacionadas al tema en cuestión.
- g. Tampoco existe la posibilidad futura que debido a leyes como esta, a las personas se les permita casarse con un animal o mascota, o con un niño, como mal se argumenta. Esto es porque un animal jamás podrá firmar consentimiento a un contrato de dos partes, y un niño no puede consentir legalmente a un contrato civil, o a una relación de tipo sexual.
- h. En base a todo esto se argumenta que las uniones homosexuales van a 'desintegrar a la sociedad', para lo cual no existe ningún tipo de evidencia. Existen ya más de 60 países y/o territorios en donde se reconocen dichas uniones de manera oficial por parte de Estado, y la evidencia de estos territorios indica que semejantes predicciones han sido siempre falsas y exageradas, con el único propósito de desvirtuar los esfuerzos de pasar estas leyes. Entre los ejemplos más cercanos a nosotros se encuentra Ecuador, Brasil, Colombia, Argentina, México,



Carlos Bruce
Congresista de la República

Congreso de la República

**Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo**

Uruguay y España, cuyas sociedades y familias no se han desintegrado, y en donde no existen leyes favorables al incesto o la poligamia, ni siquiera en discusión.

- i. Las uniones civiles tampoco devalúan la institución del matrimonio, pues esto implicaría que el Estado emite un juicio de valor y considera a las parejas homosexuales como inferiores. Aparte, no se está proponiendo ampliar el matrimonio civil a personas del mismo sexo, sino establecer una figura distinta (uniones civiles). Por último, bajo esta propuesta las uniones civiles sólo estarían disponibles a parejas del mismo sexo, no a heterosexuales, para los cuales el matrimonio civil y la unión de hecho seguirían siendo las únicas opciones.
- j. Se argumenta que las uniones homosexuales van contra la ley natural. Sin embargo, el concepto de 'ley natural' es plenamente religioso, y el Estado peruano no es una teocracia ni puede dar preferencia a las concepciones de una u otra religión. Cabe mencionar aquí que la represión de la sexualidad y la afectividad es dañina para la psique de las personas y por lo tanto se podría argumentar que es la represión lo que es contrario a la naturaleza humana. Más aún, como ya fue explicado arriba, la APA y la OMS califican a la homosexualidad como una expresión natural de la sexualidad humana.
- k. Se dice también que las uniones homosexuales van contra la moral. Sin embargo, esta calificación va a depender del grupo religioso o institución social a la que se pregunte, y el Estado no tiene como parte de sus funciones el legislar la moral, en especial en un tema controversial. Lo que universalmente sí califica como inmoral es la discriminación en derechos civiles, la exclusión y la marginación social.
- l. Se argumenta en contra de las uniones de personas del mismo sexo por un tema de protección a los niños. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la homosexualidad es una realidad del ser humano que no va a desaparecer por negarles derechos a estas personas. Las personas homosexuales siempre van a formar parte de la sociedad, y si el Estado tuviera la función de impedir que los niños vean a parejas del mismo sexo, tendría que separarlos de la sociedad por la fuerza. Esto no sólo es una atrocidad sino que es impracticable. Finalmente, al ser la homosexualidad una característica innata y una expresión natural más de la sexualidad humana (y de la mayoría de mamíferos), en este caso no consideramos que haya nada de que proteger a los niños.
- m. Más aún, la evaluación de los intereses de los niños se debe hacer partiendo de la evaluación de comportamientos específicos y su impacto en el bienestar del niño, y en base al análisis de riesgos reales y comprobados. No se debe partir de especulaciones, presunciones o estereotipos extrapolados a todo un sector de la población. El interés superior del niño no puede ser usado para justificar o respaldar discriminación contra una minoría en un Estado democrático.



Congreso de la República

Carlos Bruce
Congresista de la República

**Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo**

- n. En cuanto al impacto de la homosexualidad en los niños, Gabriela Kuroiwa, Secretaria General de la Asociación Psiquiátrica Peruana, institución miembro de la Asociación Psiquiátrica de América Latina y de la Asociación Mundial de Psiquiatría, ha afirmado que "si la evidencia con la que contamos hasta la fecha no demuestra que un niño se afecte negativamente cuando es criado por padres homosexuales, no es probable que ver una pareja de homosexuales en actitudes románticas lo pueda afectar".

ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

La aprobación del presente proyecto de ley, no ocasionará gasto alguno el Estado. Por el contrario, se sitúa dentro de las políticas de protección que debe brindar el Estado Peruano a las personas sin distinción alguna, revirtiendo la problemática que existe al eliminar las desigualdades e inequidades actuales.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente norma recoge los principios constitucionales y universales de igualdad y no discriminación por causa alguna, reconocidos por los tratados internacionales suscritos por el Perú así como en nuestro ordenamiento constitucional y legal.

Así, no contraviene la Constitución, ni otras normas de carácter imperativo, encontrándose conforme con el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú que ampara como derecho fundamental de la persona la igualdad ante la ley, por lo que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Asimismo, se sustenta en el inciso 1º del artículo 102º de la Constitución el cual establece la atribución del Congreso de la República de dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

LA PROPUESTA SE ENMARCA EN LAS POLÍTICAS DEL ACUERDO NACIONAL

La presente propuesta legislativa se enmarca en las siguientes políticas de Estado del Acuerdo Nacional:



Congreso de la República

Carlos Bruce
Congresista de la República

***Sumilla: Proyecto de Ley que Establece
las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo***

1. DÉCIMA PRIMERA POLÍTICA DEL ESTADO. Promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. DÉCIMA TERCERA POLÍTICA DEL ESTADO. Acceso Universal a los servicios de salud y a la seguridad social.
3. VIGÉSIMA OCTAVA POLÍTICA DEL ESTADO. Plena vigencia de la Constitución y de los Derechos Humanos.

Lima, 05 de setiembre de 2013